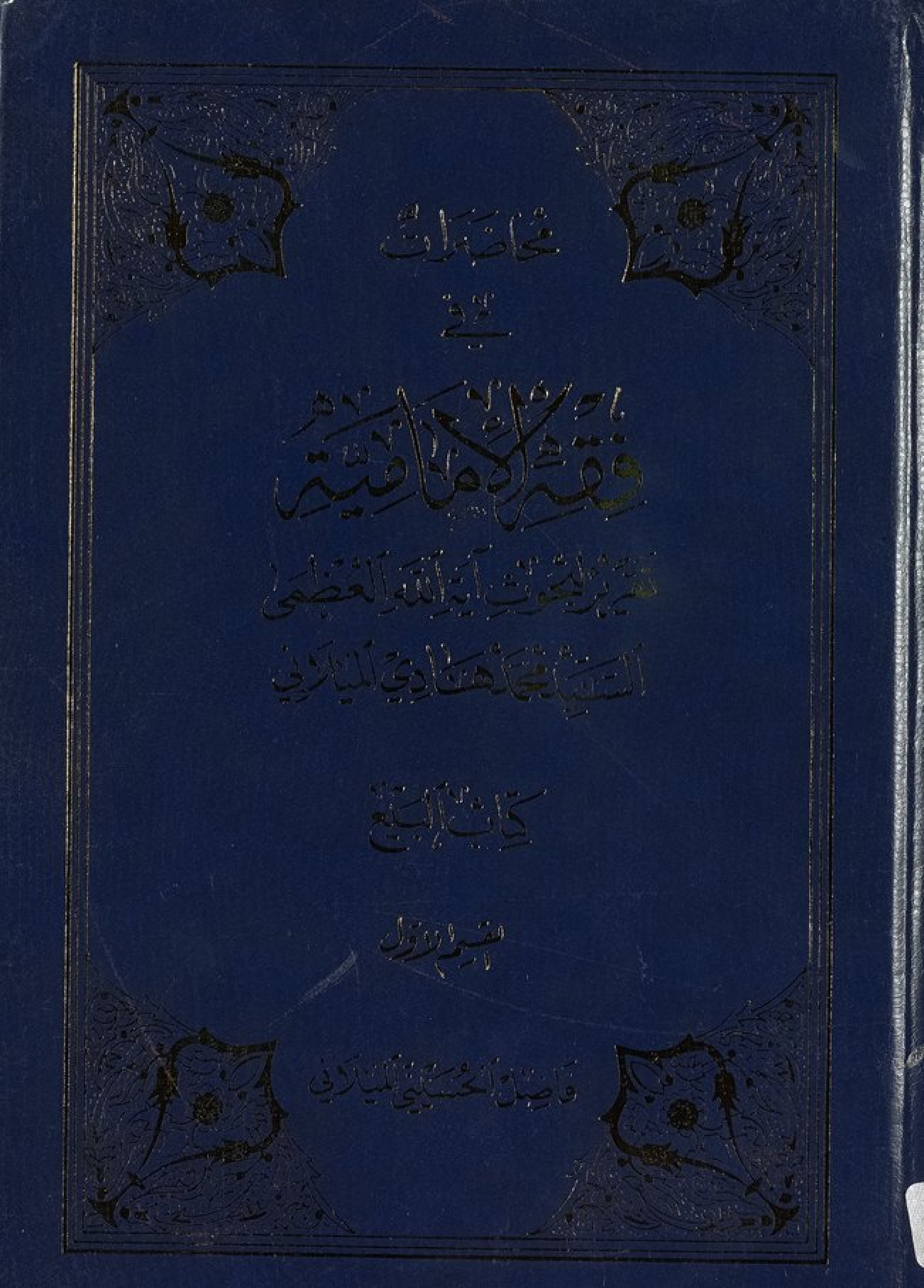
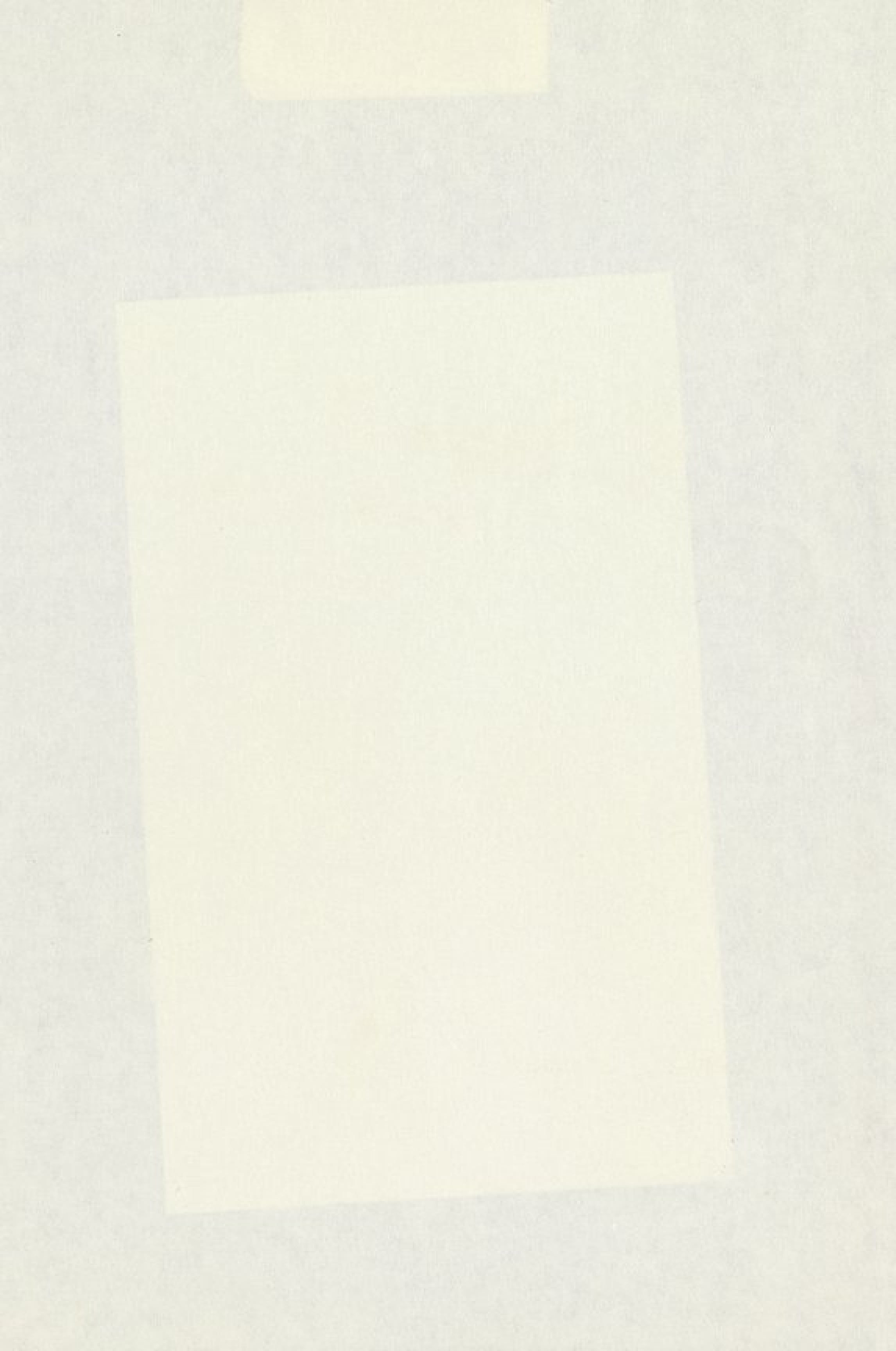


محاضرات
في
فقه الإمامية
تقرير بحوث آية الله العظمى
السيد محمد هادي الميلاني
كتاب البيع
القسم الأول
فاضل الحسيني الميلاني


Princeton University Library
32101 073381947



محاضرات في فقه الإمامية

كتاب البيع

القسم الأول

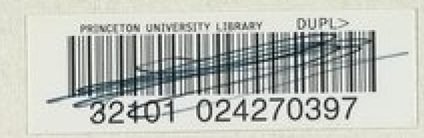
أنفق على طبع هذا الكتاب
العلّامة الحجّة السيد محمد علي الميلاني

محاضرات
في فقه الامامية

كتاب البيع
القسم الأول

لمرجع الطائفة وفقيه أهل البيت
آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني
قدس سره

جمعها وعلّق عليها
فاضل الحسيني الميلاني



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه وأشرف بريّته محمّد وآله الطيبّين الطاهرين، واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين، إلى قيام يوم الدين.

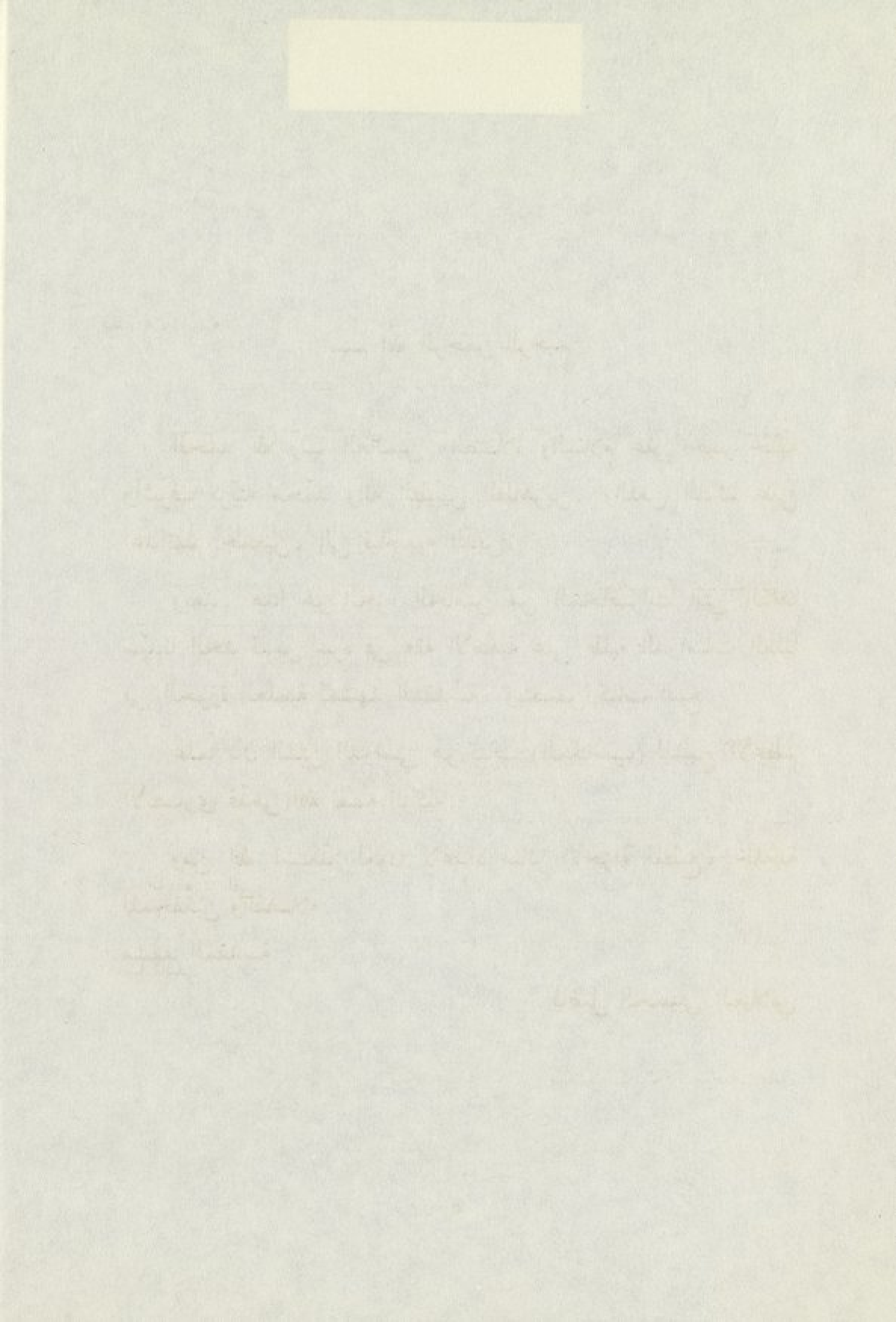
وبعد، هذا هو الجزء الخامس من المحاضرات التي ألقاها سيّدنا الجد قدس سره في فقه الامامية على طلبة الدراسات العليا في الحوزة العلمية لمشهد المقدسّة، ويتضمن كتاب البيع.

علماً بأن المتن الدراسي هو كتاب (المكاسب) للشيخ الأعظم الأنصاري قدّس الله نفسه الزكيّة.

ومن الله استمدّ العون لاعداد سائر الأجزاء للطبع، خدمة للمحققّين والفضلاء.

مشهد المقدسة

فاضل الحسيني الميلاني



بسم الله الرحمن الرحيم

تعريف البيع:

قال الشيخ الأنصاري قدس سرّه:

«كتاب البيع ـ وهو في الأصل، كما عن (المصباح)[1]: مبادلة مال بمال».

أقول: ان لفظ البيع في المقام ونحوه اسم جامد[2]، وليس هو المصدر المشتمل على النسبة الناقصة[3] والظاهر أنه كذلك في

---

(١) المصباح المنير للفيومي، مادة: ب ي ع.

(٢) فالبيع معاملة انشائية تكون بين اثنين بنحو المعاوضة في الملكية.

أما قولنا (معاملة) فهو في قبال العبادة التي يتوقف ترتب الأثر عليها على الاتيان بها بقصد القربة، إذ لا يتوقف ترتب الأثر في المعاملة على قصد القربة.

وبعبارة أخرى: المعاملة ما يترتب الأثر عليه بمجرد الوجود الخارجي، فإن اقترنت بقصد القربة استلزمت الثواب وإلا فلا يضر. أما العبادة فهي تقتضي حصول الأثر مشروطاً بقصد القربة.

وأما قولنا (انشائية) فهو في قبال التوصليات التي يطلق عليها العبادة بالمعنى الأعم، كغسل اليد.

وأما قولنا (تكون بين اثنين) فهو للاحتراز عن الوقف العام واليمين.

وقولنا (بنحو المعاوضة) يخرج ما لم يكن معاوضياً كالهديّة.

وقولنا (في الملكية) لاخراج ما كان المعاوضة في التمليك كالهبة المعوضّة، فإنه تمليك في قبال تمليك.

(٣) أن البيع المصدري الذي يشتق منه (باع ويبيع) مشتمل على النسبة الناقصة =

آية: «أحلّ الله البيع»[1] وآية: «رجال لا تُلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله..»[2] وكذا في قوله عليه السلام «... فإذا افترقا وجب البيع»[3] إلى غير ذلك.

إشكال المحقّق الآخوند، وجوابه:

وقد أشكل على تعريف (المصباح) جماعة منهم العلّامة الخراساني حيث قال:

«التعبير بالمبادلة لا يخلو من مسامحة. وحقّه أن يقال: تبديل مال بمال. فإنه فعل الواحد لا الاثنين»[4].

وفيه: أوّلاً - إن ما ذكره يعمّ ما إذا بدّلَ الإنسان مال نفسه بماله الآخر في الاستعمال والاستفادة منه، بخلاف التعبير بالمبادلة، فإنّها تفيد أن البدل ما كان للغير، وبدليّته حينئذ ليست إلّا بصيرورته مالاً للبايع.

وثانياً: ليس البدل في البيع مثل بدل التالف وبدل الحيلولة حتى يكون فعل الواحد بالاضافة إلى غيره، بل البايع يأخذه والمشتري يعطيه[5].

=وهي نسبة العرض إلى موضوعه. أما في المقام فلم يلحظ في البيع الإسناد إلى الفاعل، ويفهم ذلك من الاستعمالات في النصوص المذكورة في المتن.

(١) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٢) سورة النور / ٣٧.

(٣) الوسائل - كتاب التجارة - باب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

(٤) أي أن البدل متمحض في ما يدفعه المشتري، وما يدفعه البايع ليس بدلاً.

(٥) توضيحه: صحيحٌ أن ما يدفعه المشتري هو البدل، لكنه متقوّم بطرفين: البايع يأخذ البدل، والمشتري يدفعه، فيصح إطلاق المبادلة عليه.

وثالثاً: إن منشأ الإشكال ما تداول من قولهم: المفاعلة ما كانت بين اثنين فيترائى من ذلك صدور المبدأ منهما، وليس الأمر كذلك كما أفاده شيخنا الأستاذ الإصفهاني (قدّه)، فإن هيئة المفاعلة إنما وضعت للدلالة على صدور المبدأ من الفاعل وتعدّيه إلى الغير، كما في قولك: فلان خاطب امرأته، أو ظاهر زوجته، أو يرائي في عمله، وتقول: ساعده الله، أو عامله الله بفضله، إلى غير ذلك. وفي القرآن المجيد: «يراؤون الناس»[1] «ويوادّون من حادّ الله»[2].

والفرق بين هذه الهيئة وهيئة (فَعَلَ) أن الثانية لمجرّد انتساب المبدأ إلى الفاعل بنحو من أنحاء القيام أو الحلول أو الصدور، من دون دلالة على الانتساب بالغير، وإنما يفهم ذلك بالدلالة الالتزامّية إذا كان المبدأ متعدّياً.

وبالجملة قضيّة صدور المبدأ من الاثنين ليست مفاد هيئة المفاعلة، بل إنما هي مفاد هيئة التفاعل، فيقال: تضارب زيد وعمرو، أو مع عمرو، أو تضاربا. ولا يجوز ذلك في المفاعلة، وإنما يقال فيها ضارب زيد عمرواً.

والحاصل أنه إذا كان المبدأ صادراً من طرف واحد أو لم يتعلق الغرض إلا بإفادة صدوره من طرفه فقط تستعمل المفاعلة، وأما إذا أريد إفادة صدوره من الجانبين فلا بدّ من هيئة التفاعل.

---

(١) سورة النساء / ١٤٢.

(٢) سورة المجادلة / ٢٢.

مناقشتنا للمحقّق الاصفهاني:

ثم ان شيخنا (قدّه) بالنظر إلى أن الهيئة الواحدة لا يعقل أن يكون لها مدلولان، فلا يمكن أن تفيد هيئة التفاعل نسبتى الصدور إلى الاثنين قال: «إن مفاد هيئة التفاعل نسبة خاصّة لها طرفان، فهيئة التضارب ما يعبّر عنها بالفارسية بقولهم: بهمزدن، وهذه نسبة متقوّمة بطرفين»[١].

ويتوجّه عليه أن طرفي النسبة إنما هما العرض وموضوعه لا الشخصان والمفهوم من هيئة التفاعل نسبة كلّ من الحدثين إلى فاعله، فلا يتعقّل ما ذكره، مضافاً إلى أن مثل ما ذكره في صيغة التضارب لا يتمشّى في ساير الصيغ.

والتحقيق أن المنسوب إليه في صيغة التفاعل هما الإثنان بنحو المعيّة والوحدة، وهيئتها تدلّ على النسبة بين المبدأ وهذا الفاعل الواحد وحدة اجتماعيّة، ولازم ذلك قهراً تعدّده في تحققه خارجاً.

المبادلة في الملكية أم المال؟

لما كان التعبير بالمبادلة هو الذي يفيد البدلية في الملكيّة[٢]

(١) توضيحه: أننا نستطيع أن نقول في صيغة (التفاعل): تضارب زيد وعمرو ـ تضارب زيد مع عمرو ـ زيد وعمرو تضاربا. أما صيغة (المفاعلة) فلا يصح إلا: ضارب زيد عمرواً.

وحيث أن الهيئة الواحدة تفيد نسبة واحدة، اضطر المحقق الاصفهاني (قده) إلى القول بأن مفاد هيئة التفاعل نسبة خاصة لها طرفان.

(٢) بخلاف ما لو كان يعبّر بالتبديل، فإنه يعم ما لو كان التبديل في الاستعمال ونحوه.

فهل المبادلة تتمحض في جعل ما هو طرف لإضافة الملكيّة بدلاً مع بقاء الإضافة على حالها اعتباراً، أو هي في المضاف بوصفه العنواني أي فيه بما له من الاضافة؟[1] التحقيق هو الثاني، لكن شيخنا الأستاذ النائينى كان يقول بالأوّل بتقريب: أن الملكيّة إضافة خاصّة هي كالحبل الذي بيد شخص مشدوداً بالمعوّض، وبالبيع يحلّ موضع الشدّو يعقده على العوض والحبل باق على حاله، فالمبادلة في طرف هذا الحبل المشدود به، بعكس الوراثة فإن المبادلة فيها في طرف الحبل المتّصل بالشخص أي من كان الحبل بيده[2].

ويتوجّه عليه: ان الاضافة تتشخص بطرفيها، ويستحيل بقاؤها مع ارتفاع أحدهما،[3] وإنما يحدث مثلها بحدوثه، واعتبار بقائها حينئذ إعتبار أمر مستحيل. مضافاً إلى انتقاض ما أفاده بالسَلَم والنسيئة، فإن المثمن في الأوّل والثمن في الثاني لم يكن يتعلّق به

---

(١) لما كانت الملكية جهة اضافة اعتبارية خاصة، فالشخص الذي يملك مالاً، عند التحليل توجد ثلاثة أركان:

المالك: وهو المضاف إليه.

المال: وهو المضاف.

النسبة بينهما: وهي الإضافة.

والآن نسأل: هل البيع تبديل الملكية (الإضافة)، أو تبديل المضاف؟

(٢) وهو المضاف إليه.

(٣) لأن الإضافة تنعدم بانعدام أحد طرفيها (كالاعراض)، ولذا يستحيل انتقال العرض من موضوع إلى موضوع اخر.

إضافة الملكيّة لأحد قبل البيع[1] حتى يتصوّر تبديل طرف الإضافة.

وكان شيخنا (قدّه) يصحّح ذلك بأن الكلّى يقع طرفاً للإضافة في رتبة البيع وان لم يكن طرفاً لها قبله.

لكنّك خبير بأن هذه الرتبة أيضاً لا تضاف إلى من يتعامل عليه بل إلى صاحبه.

والحاصل: أن المبادلة هي إحداث مضاف بدلاً عن مضاف، سواء كان البيع نقداً أو سلماً أو نسيئة.

اختصاص المعوّض بكونه عيناً:

قال الشيخ الأنصاري (قده):

«والظاهر اختصاص المعوّض بالعين، فلا يعمّ إبدال المنافع بغيرها. وعليه استقرّ اصطلاح الفقهاء في البيع».

أقول: هذا الإستظهار من لفظ البيع بحسب مفهومه في العرف العامّ، وكأنه اعتراض على تعريف (المصباح) حيث عبّر بالمال في كلٍّ من المعوّض والعوض، وهو يعمّ العين والمنفعة[2].

---

(١) لأن المثمن في السلم، والثمن في النسيئة كلّى، والكلّى له مالية في حد ذاته دون الانتساب إلى شخص، وحيث لا إضافة ملكية قبل حصول البيع في المثالين، فلا يتصور تبديل طرف الإضافة.

وهذا الجواب نقضي، بعد أن كان السابق حلّياً.

(٢) لأن المال ما تميل إليه النفس، أو هو ما يُبذل بازائه العوض، وعلى التعريفين يشمل العين والمنافع معاً. أما في العوض فلا يضرّ كونه منفعة، ولكن المعوّض لا بد أن يكون عيناً فكأنه يصحح تعريف (المصباح) ليكون هكذا: البيع مبادلة عين بمال.

ثم إنه استُدِلّ على ذلك بالتبادر، وصحّة سلب البيع بما له من المفهوم عن تمليك المنفعة ومبادلتها.

وربما يستدلّ بأن البيع قسيم للإجارة وهي تمليك المنفعة، فهو تمليك للعين.

وفيه: أن الإجارة ليست كذلك لتَعلُّقهابالعين [1]، فإنه يقال: آجرتك الدار أو الدابّة ونحو ذلك، بل هي جعل العين في يد الغير وتحت سلطنته لأن ينتفع بها بعوض [2]، في قبال العارية فإنها كذلك لا بعوض.

والحاصل أن المدار على ما ذكر من التبادر وصحّة السلب، فإن تمّ ذلك كانت المقابلة بين البيع والإجارة، بأن الأوّل جعل العين في يد الغير وتحت سلطنته بقولٍ مطلق، والثاني جعلها كذلك في جهة الانتفاع فقط

ثم إن المراد من العين ليس هو الموجود الشخصي في الخارج، بل ما يقابل المنفعة والحقّ، فتعمّ الكلّي في الذمة الذي يباع في السَلَم كما هو واضح.

استعمال البيع في نقل المنفعة:

قال الشيخ الأنصاري:

---

(١) لقد ألقى سيدنا الجد قدس سره أولى محاضراته في مشهد في بحث (الإجارة) وقد تخرّج على يده في ذلك البحث بعض الفحول من المدرسّين والفقهاء. ولعلّنا نوفّق لجمع شتات ما بقيت الأسرة محتفظة به من هذا الأثر القيّم وعلى كل حال فقد أثبت سيدنا الجدّ هناك أن الإجارة تتعلّق بالعين لا المنفعة.

(٢)، والمقصود أنّ له أن ينتفع بها وان لم تكن بالفعل حسب اختياره.

«نعم، ربما يستعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها. بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار، كالخبر الدالّ على جواز بيع خدمة المدبَّر، وبيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها، وكأخبار بيع الأرض الخراجية وشرائها. والظاهر أنه مسامحة في التعبير».

أقول: أما الخبر الأول فهو: -

١ - ما رواه السكوني عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي عليه السلام: «باع رسول الله صلّى الله عليه وآله خدمة المدبَّر، ولم يبع رقبته»[١].

٢ - وما رواه أبو مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن الرجل يعتق جاريته عن دَبر أيطؤها إن شاء، أو ينكحها، أو يبيع خدمتها حياته؟ قال: أيّ ذلك شاء فعل»[٢].

٣ - وما رواه أيضاً عن رجل أعتق جارية له عن دَبر في حياته. قال عليه السلام: «إن أراد أن يبيعها باع خدمتها في حياته، فإذا مات أُعتقت»[٣].

وأما الخبر الثاني فهو ما رواه اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام قال: «سألته عن رجل في يده دار ليست له،

---

(١) الوسائل - كتاب التدبير - باب ٣، الحديث ٤. قال العلامة الحلي في (المختلف): «يُحمل بيع الخدمة على إجارتها فإنها في الحقيقة بيع المنافع مدة معينة، فإذا انقضت المدة جاز أن يؤجره أخرى، وهكذا مدة حياته» وحمل ابن ادريس بيع الخدمة على الصلح مدّة حياته.

(٢) الوسائل - كتاب التدبير - باب ٣، الحديث ١.

(٣) الباب المتقدم، الحديث ٣.

ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله، قد أعلمه من مضى من آبائه أنها ليست لهم ولا يدرون لمن هي؟ فيبيعها ويأخذ ثمنها؟ قال عليه السلام: ما أحبّ أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنه لا يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي، ولا أظنّه يجيء لها ربّ أبداً. قال: ما أحبّ أن يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكناها أو مكانها في يده فيقول: أبيعك سكناي فتكون في يدك كما هي في يدي؟ قال: نعم يبيعها على هذا»(١).

ولعل جواز تمليك السكنى من أجل أن الدار كانت رُقبى لمن مضى من جدّه الأعلى وذرِيّته فكانت السكنى حقاً له ولهم.

وأما الخبر الثالث فهو ما رواه أبو بردة بعد السؤال بقوله: كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال: «من يبيعها؟ هي أرض المسلمين. قلت: يبيعها الذي في يده، قال: يصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال: لابأس أن يشتري حقّه فيها ويحوّل حقّ المسلمين عليه».

ثم ان استظهار التسامح في التعبير مبنيّ على ما قيل من اختصاص المعوّض بالعين، وحينئذ يتوجّه أن يقال: أنه إذا لم يكن بيعاً فلا بدّ من المصير إلى كونه معاملة مستقلّة دون أن يكون إجارة، فإنها ـ على ما عرفت ـ تتعلّق بالعين، والمفروض في الأخبار ذكر الخدمة والسكنى والحق.

---

(١) الوسائل ـ كتاب التجارة، باب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٥.

استعمال الاجارة في نقل بعض الأعيان:

قال الشيخ الأنصاري قدس سرّه:

«كما أن لفظ الاجارة يُستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان كالثمرة على الشجرة».

أقول. ليس المراد استعمال الإجارة ابتداءً في تمليك الثمرة، فإنه لا يستعملها في ذلك أحد أصلاً[1]، ولعلّه أراد إجارة الشجرة التي عليها الثمرة بالفعل، فإن استعمال لفظها حينئذ مسامحة، فإن ما يملك بالإجارة هو ما يتولّد من العين، لا ما هو موجود بالفعل، لكن الظاهر أنه أراد إجارة الشجرة قبل أن تثمر، والحكم بالمسامحة حينئذ مبنيّ على ما ذكروه من أن الإجارة لنقل المنافع فاستعمالها فيما يكون أثره نقل العين كالثمرة لا بدّ وأن يكون تسامحاً.

قلت: هذا المبنى غير صحيح، فإن الإجارة - كما تقدّم - عبارة عن جعل العين تحت يد الغير لأن يستفيد منها، وفائدة كل شيء بحسبه، فمن الدار السكنى، ومن الدابة الركوب، ومن الآنية الأكل والشرب فيها، ومن الشاة اللبن، ومن الشجرة الثمرة. فلا يفرق في صحّة الإجارة بين أن تكون فائدة العين المستأجرة عيناً خارجيّة أو أمراً عرضيّاً فلا تمسّ الحاجة إلى تأويل صحّة إجارة المرضعة بكونها أجيرة للارضاع الذي هو فعلها، وإن لزم من ذلك تلف اللبن منها بغير ضمان، وصحّة الإجارة في الحمّام

---

(١) إشكال على تفسير عبارة الشيخ الأنصاري بذلك في كلام بعض الأكابر.

بالاستحمام فيه واستعمال الماء بنحو يكون تلف الماء أثراً لازماً له بغير ضمان.

جواز كون العوض منفعة:

قال الشيخ الأنصاري قدس سره:

«وأما العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعة، كما في غير موضع من (القواعد) و (التذكرة) و (جامع المقاصد) ولا يبعد عدم الخلاف فيه. نعم نسب إلى بعض الأعيان الخلاف فيه، ولعلّه لما اشتهر في كلامهم من أن البيع لنقلِ الأعيان. والظاهر ارادتهم بيان المبيع، نظير قولهم: أن الإجارة لنقل المنافع».

أقول: وعن (مفتاح الكرامة) أنه «اعتبر بعض المتأخرين عينيّة العوضين في البيع، وهو وهم نشأ من قولهم: البيع لنقل الأعيان».

ويتوجّه على ما ذكراه أن المنفعة هي عبارة عن قابليّة العين لأن ينتفع بها، وذلك أمر ذاتي فإنها حيثية الإعداد و السببيّة لحصول النفع للمنتفع، وليس هنالك في قبال العين مال يجعل عوضاً في الشراء[1]. وأما ما يتداول في الألسن من أن السكنى والركوب منفعة الدار والدابّة، فذلك مما لا أصل له، ضرورة أنهما عَرَضان يقومان بموضوعهما وهو البايع في المقام، والمستأجر في باب الإجارة، ولا معنى لكونهما مالاً للمشتري أو الموجر.

---

(١) ويشهد على ذلك أنه لا يقال لمالك الدار أن له مالين، بالنظر إلى نفسها ومنفعتها. ولذا لا تتحقق الاستطاعة بسبب منافع العين المتصوّرة لها في السنين المتطاولة، فلا يكلّف بأن يؤجرها كذلك ويحجّ، وكذلك لا يخرج عن الفقر بسبب تلك المنافع حيث أنها لا تحسب له أموالاً توجب غناه.

والحاصل: أنه لا يصحّ جعل المنفعة عوضاً فإن الذي يوصف بها في الألسن لا يملكه المشتري، والقابلية للانتفاع أمر ذاتي مملوك بتبع العين لا يعقل تمليكه منحازاً عن تمليك العين.

والتحقيق: أن ما يجعل عوضاً في البيع متى أريد هو الذي يقع في حيّز الإجارة، وذلك تمكين الطرف المقابل من السلطنة على العين للانتفاع بها، أي جعل العين في يده لأن ينتفع على ما ذكرناه آنفاً، وهذا التمكين بدل عن المتاع في البيـع، كما أن الأجرة في قباله في الإجارة.

جعل العمل عوضاً في البيع:

قوله: «وأما عمل الحرّ، فإن قلنا أنه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال، وإلا ففيه إشكال...».

أقول: التقييد بكونه قبل المعاوضة عليه، بالنظر إلى أنه بعدها لا شبهة في ماليّتـه، فللمستأجر أن يجعل ما يملكه على أجيره عوضاً في البيع. ثم إن الإشكال في عمل الحرّ: تارة من حيث عدم كونه مالاً أصلاً، وأخرى من حيث عدم كونه مالاً له مضافاً إليه بإضافة الملكيّة، وعلى كلّ تقدير ينافي تعريف (المصباح) ضرورة أنه يدل على اعتبار وقوع المبادلة على المال، وظاهره كونه مضافاً إلى صاحبه بالملكيّة له.

أما الإشكال الأوّل فهو بلحاظ أن الماليّة صفة وجوديّة لا بدّ من قيامها بأمر موجود، والعمل لا وجود له فلا يوصف بها.

وأيضاً لا يقال لمن يسوى عمله بلحاظ أنّ له أن يؤجر نفسه

إلى مدّة بمقدار يمكنه أن يحج به، أنه مستطيع. وكذا لا يقال أنه غنيّ، ولا يضمن من يحبسه جوراً بدل أعماله، ولا يحجر المفلّس على أعماله.

والجواب عنه: أن الماليّة صفة اعتباريّة لا يلزم في موصوفها أن يكون موجوداً في الخارج فعلاً، ويكفي فيه إمكان أن يوجد فيصدق على عمل الحرّ أنه مال حيث أنه ممّا تميل إليه النفوس وتتصدّى لتحصيله ببذل شيء في قباله. وأمّا عدم حصول الاستطاعة والغنى وعدم الضمان والتحجير فلعدم إضافة المال إليه بإضافة الملكّية، وموضوع تلك الأمور ما هو مال كذلك. والسّر في عدم هذه الإضافة أن الحرّ يملك عمله تكويناً، ولا معنى لاعتبار مالكيّته له[1].

وأمّا الإشكال الثاني فهو متوجّه، لو استظهر من كلام (المصباح) أنه أراد المبادلة بين المالين بما هما مملوكان لصاحبهما لكن لا دليل على هذا الإستظهار، والتعريف صادق بإطلاقه على جعل الحرّ عمله بدلاً حيث أنه في حدّ نفسه مال، كما أن الكلّي يجعل معوّضاً في السّلَم وعوضاً في النسيئة بلحاظ ماليّته في حدّ نفسه وإن لم يكن مملوكاً لأحد قبل المعاوضة.

وبالجملة لا يلزم اعتبار الملكيّة في البدلين قبل البيع، ويكفي

---

(١) ضرورة أن الملكيّة الإعتباريّة إنما تعقل فيما لا تكون الملكية حقيقية.

صدق الماليّة وكونه قابلاً للتمليك فيصّح أن يجعل الحـرّ عمله عوضاً.

إن قلت: كيف لا يلزم اعتبار ذلك مع أنه لا بيع إلّا في ملك؟.

قلت: معناه نفي البيع عمَّن ليس له السلطنة عليه أو نفي البيع عمّا لا يؤثر في الملك، والحرّ له السلطنة على تمليك عمله والشراء به، كما أن له السلطنة على أن يبيع الكلّي في ذمته أو يشتريَ به، فليتدبّر جيّداً.

جعل الحقّ عوضاً في البيع:

قوله: «وأما الحقوق الأخر».

أقول: لعلّ التوصيف بالأخر في قبال المنفعة وعمل الحرّ، حيث يقال: يحقّ للمالك أن ينتفع، وللفاعل المختار أن يعمل.

وملخّص كلامه: أنه قسمّ الحقوق إلى ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يقبل الإسقاط والانتقال، وهو الذي عبّر عنه بمالا يقبل المعاوضة، ونفى الإشكال فيه حيث أن مثله لا معنى لأن يبذل شيء في مورده ولو لأجل إسقاطه.

ثانيها: ما يقبل الإسقاط والتعويض عليه من هذه الجهة، لكن لا يقبل الانتقال، ونفىٰ فيه الإشكال أيضاً، وعلّله بأن البيع تمليك الغير أي من الجانبين، فما لا يقبل الانتقال الملكي لا يتحقق فيه عنوان البيع ولا يكفي في تحققه بذل العوض في قبال اسقاطه. ثم

دفع توهم النقض على هذه القاعدة الكلية ببيع الدين على من هو عليه حيث يتوهّم أن التعويض فيه بلحاظ الإسقاط بأن فيه ينتقل الدين إلى ملك المديون فيسقط، بخلاف هذا القسم من الحقّ[1] فإن السرّ في عدم انتقاله كونه سلطنة على الغير، ولا يعقل أن يقوم طرفاها بواحد.

ثالثها: ما يقبل الانتقال، وأشكل عليه من حيث عدم صدق المال عليه.

إنتهى ما أردنا تلخيصه. وقد ظهر بذلك أنه لم يختلّ نظام كلامه[2] من حيث أنه في مقام ذكر العوض، والتعليل بأن البيع تمليك الغير يناسب المعوّض، وأيضاً لم يكن يرى في كلّي الحق أن يكون هناك من يتسلّط عليه، بل إنما يرى ذلك في خصوص القسم الذي يكون على الغير لأنه لا يعقل انتقاله لأجل المحذور المذكور.

قلت: يتوجّه على كلامه: -

---

(١) دفع دخل عن توهّم أن المصنّف يرى الحقّ سلطنة على الغير بصورة عامه وتقريب الدفع: أنه يرى في خصوص ما كان من أقسام الحقّ سلطنة على الغير أنه لا يقبل الانتقال، فعدم الانتقال مسبّب عن ذلك، وأمّا ما ليس فيه السلطنة على الغير كان مما يقبل الانتقال وهو القسم الثالث الذي سنذكره.

(٢) يرى المحقق الأخوند بأن الشيخ الأنصاري بصدد الاستدلال على عدم وقوع هذه الحقوق عوضاً في البيع، في حين أن استدلاله على ذلك بكون البيع عبارة عن تمليك الغير يناسب المعوّض لا العوض، فالتعليل لا يناسب المدّعى، ولذلك وصف كلام الشيخ بأنه مختلّ النظام.

وأجاب سيدنا الجد عن ذلك بأن مقصود الشيخ الأنصاري تمليك الغير من الجانبين، فالمشتري بقبوله يملّك ماله للبايع أيضاً، فيستقيم الكلام مع العوض.

١ ـ أن الحق ليس هو السلطنة على ما سنذكره انشاء الله تعالى.

٢ ـ حكمه بأن الملكيّة لا تحتاج إلى مملوك عليه صحيح في حدّ ذاته، لكنّه في مثل بيع الدين على من هو عليه تكون مع المملوك عليه، والسلطنة على كلّيتها أيضاً كذلك لا تحتاج إلى مسلّط عليه وإنما هو فيما كان على الغير.

٣ ـ في بيع الدين إن كان المبيع هو الكلّي بلا جهة تقييده بكونه في الذمّة وفي هذه العهدة فلا ماليّة له، وإن كان مع التقييد بذلك فيلزم أن يكون المديون بسبب شراء ما في ذمّته مديوناً لنفسه ولا معنى له، وعلى تقدير التسليم كيف يعقل أن يكون أثر التمليك السقوط؟ وهل هو إلا تأثير الشيء في عدم نفسه؟

لا يقال: إن المراد من كونه أثره أنه يلغو اعتبار مالكيّة الشخص لما في ذمّته، فلذا يسقط.

لاندفاعه بأنه كيف حدث هذا اللغو؟ وبعبارة أخرى: إن كان ذلك عقلائياً فلماذا يحكم بالسقوط؟ وإن كان سفهاً ولغواً فلماذا يحكم بالحدوث؟.

والحاصل أن التملك والسقوط لا يجتمعان إلاَّ إذا كانا في أمرين متماثلين كلاهما في الذمّة، ويكون التساقط بالتهاتر، كما إذا اشترى المديون مثل ما كان عليه من الدائن في ذمّته فيحصل

التهاتر، وعليه أن يؤدّي ثمن ما اشتراه[1].

٤ ـ يتوجّه على ما جعله السرّ في عدم الانتقال بأن ذلك إنما هو فيما أريد انتقاله إلى من عليه الحقّ، وأما إذا أريد نقله إلى غيره فلا يلزم محذور اتّحاد المسلِّط والمسلَّط عليه، فليس ما ذكره سرّاً لعدم الانتقال على كليّته، بل السرّ في ذلك أن موضوع الحق الذي هو يتقوّم به عنوان خاصّ فلا يعقل أن ينتقل عنه لا إلى من هو عليه، ولا إلى من عداه فمثلاً موضوع حق الخيار في الحيوان هو المشتري، وفي الغبن هو المغبون، فلا يعقل انتقاله إلى من ليس بمشترٍ أو ليس بمغبون، سواء كان ذلك البايع أو الغابن أو غيرهما. وكذلك حق الشفعة للشريك في أن يشفع، أي يضمّ حصّة شريكه بعد بيعها إلى حصّة نفسه ويملكها، وهذا المعنى غير قابل للنقل إلى البايع فإنه خرج عن كونه شريكاً، ولا إلى غيره لعدم شركته، ولا إلى المشتري فإنه لا معنى لأن يملك ما قد ملكه.

والحاصل أن مثل هذه الحقوق التي لموضوعها عنوان خاص لا يعقل انتقالها إلى الفاقد له، ولذا لا معنى لنقل حق المضاجعة إلى غير الضرّة، سواء كان هو الزوج أو الأجنبيّة.

---

(١) يبقى في المقام تصحيح بيع الدين على من هو عليه، ويمكن ذلك بالتمسّك باطلاق جملة (مبادلة مال بمال) وإن لم يكن هناك تمليك، ونقل وانتقال من الجانبين، فيكفي أن يعوض على شيء بعد كونه مالاً ويصّح بذل المال لأجله بجعله بدلاً عنه في ثبوته فيسقط لا محالة لعدم تعقل ثبوت البدل والمبدل كليهما.

نعم هذه الحقوق إذا لم يكن موضوعها علّة تامّة، تقبل الاسقاط، وأما إذا كان كذلك فلا تقبله كما في حق الوصاية والتولية ونحوهما.

(بحث في الحق)

أقسام الحق:

وتوضيح الكلام أن الحقوق على خمسة أقسام: ـ

١ ـ ما يقبل الإسقاط والنقل والانتقال القهري بالوراثة كحق التحجير.

٢ ـ ما لا يقبل شيئاً من ذلك، كحق الوصاية والتولية، وكحقّ القضاوة حتى بالإضافة إلى من كان معنوناً بعنوانه، فإنه بنفسه واجد له لا معنى لأن ينقل إليه مثله.

٣ ـ ما يقبل الإسقاط والانتقال بالوراثة، كحق الخيار وكحق الشفعة ـ بناءً على أنه يورث ـ وكحق الرهانة[1]، إلى غير ذلك. وعدم انتقال مثل هذه بالنقل إلى الغير، حتى من كان هو عليه، واضح بالتأمّل.

٤ ـ ما يقبل الإسقاط والنقل إلى الغير الواجد للعنوان، كما في حق المضاجعة على ما تقدّم. وعدم انتقال هذا الحقّ بالوراثة واضح.

---

(١) ولا يتوهّم أن المرتهن له أن ينقل الدين إلى الأجنبي مع ماله من حق الرهانة، لاندفاعه بأنه بذلك يثبت الموضوع للحق ولا ضير فيه.

٥ ـ ما يقبل الإسقاط فقط كحق القذف.

وهناك حقوق[1] يشكّ في أمرها [تارة] في أنه حكم في نفس الأمر ويعبّر عنه بالحق مسامحة. [وأخرى] في أن الموضوع عنوان خاصّ يدور الحق مداره أوليس كذلك؟ [وثالثة] في ورود المنع تعبّداً عن إسقاطه أو عن نقله.

ولا بدّ في ذلك كلّه من المراجعة إلى أدلّة ثبوتها.

تنبيه يتضمن أموراً:

أحدها : أنه ظهر مما تقدّم الاشكال فيما يقال من: أن كل حق يقبل السقوط، وكل ذي حق له إسقاط حقّه[2]. ضرورة أن ما كان عنوان موضوعه علّة تامّة له فمن المستحيل سقوطه، فإن السقوط هو الارتفاع، ولا ينفكّ المعلول عن علّته التامّة.

ومن هنا ظهر أن كل ما لا يقبل الإسقاط لا يقبل النقل أيضاً، فلا يعقل إسقاط حق الولاية أو القضاوة ونحوهما ولا نقلهما.

ثم إنه قد يقال أيضاً: أن كل حق كان لمجرّد الاقتضاء جاز نقله وإسقاطه. وهو حسن، لكن لا بدّ من تقييد جواز النقل بما لا يكون لخصوص عنوان الموضوع مدخليّة.

ثانيها: أنه يقال: كل حق كان اعتباره لأجل غبطة من له الحق جاز إسقاطه ونقله، وما كان لأجل مصلحة الغير لم يجز.

---

(١) كحقّ الرجوع إلى المطلّقة، وحق الفسخ بالعيوب في النكاح، وحق المطالبة من المديون المتمكن، وحق الرجوع في الهبة غير المعوضّة إلى غير ذلك.

(٢) ينسب ذلك إلى الشهيد الأول في (القواعد).

وفيه: أن الكلّية صادقة في الجملة الثانية، دون الأولى، إلاَّ إذا لم يكن عنوان الموضوع علّة تامّة.

ثالثها: أن النقل فيما نقول به، هو ـ بالدقّة ـ احداث لمثله، لا نقله بعينه ضرورة أن قيام الأمر الاعتباري بموضوعه نظير قيام العرض بموضوعه في أنه يستحيل انتقاله من محلّ إلى محلّ، فمهماً يقال بانتقال الحق إنما هو بالنظر إلى المتفاهم عرفاً.

ما هو الحق؟

رابعها: أن الحق المبحوث عنه اسم مصدر[1]، في قبال ما كان صفة مشبهة، يقع مسنداً أو مسنداً إليه، فيقال: هذا حق، أو الحق يقال، ونحو ذلك ممّا أريد كونه واقعيّاً ليس بباطل.

وحيث أن الحق المبحوث عنه أمر اعتباري وضعي، فهل هو اعتبار سلطنة خاصّة كما ذكره الفقيه (العلاّمة الطباطبائي) حيث قال: «إنه نوع من السلطنة على شيء» أو هو نحو اعتبار أثره السلطنة كما ذكره (العلاّمة الخراساني) حيث قال: «هو اعتبار خاصّ له آثار مخصوصة، منها السلطنة» أو هو مرتبة ضعيفة من الملكيّة كما اختاره شيخنا (العلاّمة النائيني قده) أو هو بمعنى الثبوت كما ذكره شيخنا (العلاّمة الاصفهاني قده) وقال: «الحق بمعنى المبدأ هو الثبوت، والحق بالمعنى الوضعي هو الثابت»؟

---

(١) ويشهد له أنه يقال: له الحق، وأنه ذو حقّ ويضاف إلى المتعلّق ويقال: حق الخيار والشفعة ونحو ذلك. فلو كان المقصود هو الصفة المشبهة لم يكن لاضافة (ذو) إليه مجال، لأن معنى الصفة المشبهة أنه ذو مبدأ.

أقول: الحق ـ بحسب اللغة ـ تارة يستعمل ـ كما أشرنا إليه ـ في ما له الواقعيّة، في قبال الباطل، كما في قوله تعالى: «وَيَسْتَنْبِؤُنَكَ أَحَقٌّ هُوَ؟ قُلْ: إِي وَرَبِّي إِنَهُ لَحَقٌّ» (١) وقوله تعالى: «الحَقُّ مِنْ رَبِّك» (٢) وقد كثر استعماله كذلك، أي بصيغة الصفة المشبهة، فيقال: الإسلام حقّ، والقرآن حقّ، وتقول لصاحبك: كلامك حقّ، وما قلته حقّ.

ويستعمل أيضاً بهذا المعنى بصيغة اسم الفاعل، كما في قوله تعالى: «الحَاقَّةُ مَا الحَاقَّة» (٣) وبصيغة الماضي كما في قوله تعالى: «لَقَدْ حَقَّ القَوْل» (٤) و «حَقَّتْ كَلِمَةُ رَبِّك» (٥) وبصيغة المصدر أو اسمه، كما في قوله تعالى: «إِنَّ هٰذا لَهُوَ حَقُّ اليَقِين» (٦).

وأخرى يستعمل من (حقّ يحقّ) بصيغة المصدر واسم المصدر، أي كونه أهلاً لذلك، ولائقاً وجديراً به، وأنه أنسب إليه من غيره، وما يرادف ذلك. وفي القرآن المجيد: «حَقِيقٌ عَلَىٰ أَنْ لا أَقُولَ عَلَىٰ اللهِ إِلّا الحَقَّ» (٧) «وَبُعُولَتُهنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ» (٩) (٨)ا ان

(١) سورة يونس / ٥٣.

(٢) سورة البقرة / ١٤٧.

(٣) سورة الحاقّة / ١ ـ ٢.

(٤) سورة يسٓ / ٧.

(٥) سورة يونس / ٣٣.

(٦) سورة الواقعة / ٩٥.

(٧) سورة الأعراف / ١٠٥.

(٨) سورة البقرة / ٢٢٨.

استعمال الحقّة في الناقة، إنما هو فيما كانت قابلة للحمل والركوب.

وحينئذ يقع البحث عن أن المعنى الذي وقع في حيّز الاعتبار، هل هو عنوان الثبوت الواقعي، أو الأهليّة واللياقة؟

الظاهر هو الثاني بشهادة أنه يضاف إليه، أو يسند إليه الثبوت، فيقال: ثبوت الحق، أو ثبت الحق، أو يثبت له الحق، وكذلك هو المتبادر من استعمالاته، فالحاكم له حق القضاوة لكونه أهلاً لها، والأب له الولاية، والمغبون له حق الفسخ، والشريك له حق الشفعة، إلى غير ذلك، سواء كان ملاك اللياقة والأهلية مبيّناً لدينا أو عبدّنا الشارع بها، وسواء كان ذلك بنحو الحتم في أعماله أو كونه مما ينبغي له.

فالحق ليس هو السلطنة فإنها من آثاره، وأيضاً يثبت الحق للصغير ولا سلطنة له، ولو كان المراد من السلطنة ما كانت اعتباريّة، انتقض بالحقوق المتعلقّة بعمل ذي الحق، كحق الفسخ وكحق القصاص ونحو ذلك. فإن الفاعل المختار له السلطنة على أعماله تكويناً، فاعتبارها له لغو محض.

وكذلك ليس الحق مرتبة من الملك فإنه:

أوّلاً: هما متقابلان.

وثانياً: الملكيّة الاعتبارية إمّا هي اعتبار الجدة، أو اعتبار

الاضافة، وشيء منهما ليس ذا مراتب، فإن اشتداد المرتبة يختصّ بغيرها من بعض المقولات.

وثالثاً. يصدق الحق فيما لا أثر للملك فيه أصلاً، كما في حق الاختصاص بالخمر المعدّ للتخليل ونحو ذلك.

ورابعاً: يتوجه عليه ما تقدّم من النقض بما تعلّق الحق بعمل نفسه، كحق الفسخ وحق القصاص ونحو ذلك من الأعمال التي يجوز له شرعاً أن يعمل بها، وله الحق بالإضافة إليها، ولا معنى لاعتبار عنوان الملكيّة له مع كونه تكويناً مالكاً لعمله. وما يقال من أن معنى حق الخيار هو أنه يملك أمر الفسخ وكذا في ساير الموارد، فذلك في غاية المسامحة، فإن أمر الفسخ هو نفس الفسخ لا أمر زائد، واضافة الحق بمعناه الوضعي؛ والملكيّة الاعتباريّة لا مجال له.

خامسها: ـ أن الحق دائماً يضاف إلى العمل، سواء كان عمل نفسه أو عمل غيره، كما في حق القضاوة أي له أن يقضي، وحق النفقة أي لها أن ينفق الزوج عليها ونحو ذلك.

نعم ربما يقدّر ذلك ويضاف إلى سببه ويقال حق الحيازة والتحجير، أي بسبب ذلك له أن يمنع الغير أو ليس لغيره أن يزاحمه، وكذا حق الوصاية والقيمومة أي بسبب ذلك له أن يتصدّى الأمر، ومهما كان العمل من الغير فهو ذو حق، وله الحق، والغير عليه الحق، ولو كان ذلك من أجل إيجابه على نفسه، كما في

قوله تعالى: «وكَانَ حَقّاً عَلَيْنا نَصْرُ المُؤْمِنين»[١] فالمؤمنون لهم حق النصرة من ناحية الربّ تعالى وتقدّس وإنما ثبت لهم الحقّ كذلك لكونهم أهلاً لذلك.

سادسها: ـ أنه ربما يشكّ في بعض الحقوق كحق الرجوع في المطلّقة، وحق العزل في التوكيل، وحق الدعوى ونحو ذلك في قابليّته للإسقاط والنقل.

أ ـ فان كان الشك من حيث أنه يشك في كونه حقّاً أو حكماً، فيستحصب بقاؤه[٢].

ب ـ وان كان من حيث أن لا يعلم أن الحق المجعول قد اعتبره الشارع لِعنوان موضوعه بنحو العلّية التامّة أو بنحو الاقتضاء رعاية لغبطته، فإن لم تكن هناك قرينة وكان عنوان الموضوع بدليل لفظي فيحكم بعدم قابليتّه للسقوط والنقل، فإن ظاهر العنوان دوران الحق مداره وعدم انفكاكه عنه، وإن لم يكن الأمر كذلك بأن لم يستظهر عنوانّية الموضوع، فالتحقيق أنه أيضاً يستصحب بقاؤه وعدم انتقاله، ولا مجال للحكم بالسقوط أو الانتقال إذا وقع في حيّز الصلح أو الشرط بمقتضى عموم (أوفوا بالعقود) أو عموم (أن الصلح جايز) أو عموم (المسلمون عند شروطهم) أو عموم (ما كان للميت من حق فلوارثه) ونحو ذلك فإن ذلك تمسّك بالعام في الشبهة المصداقيّة إن لم يكن تمسّكاً به في شبهة التخصّص[٣].

---

(١) سورة الروم / ٤٧.

(٢) وإن لم يثبت كونه حكماً.

(٣) توضيحه: إذا احتملنا كون العنوان مقتضياً، فاستظهار قابليته للتصالح والإسقاط

نعم إذا أُحرز كونه حقاً وكونه مجعولاً بنحو الاقتضاء وبرعاية مصلحة ذي الحقّ، واحتمل المنع تعبّداً عن سقوطه بالصلح، أو باشتراطه في ضمن العقد، أو عن نقله وانتقاله، فالتمسّك بالعمومات له مجال واسع فليتدبّر جيّداً.

حقيقة الملكية:

قوله: «بخلاف الملك، فإنها نسبة بين المالك والمملوك».

أقول: الظاهر أن الملكيّة هي اعتبار الواجديّة لأمر يختصّ به فتلازمه السلطنة عليه، وأن يكون زمامه بيده[1]. ويشهد عليه التبادر من الاستعمالات بصيغها وهي في قبال الملكيّة الحقّة الحقيقيّة التي لله سبحانه، وهو تعالى قيّومها[2] والتي هي بالتبع ـ

=نمسك بالعام في الشبهة المصداقية، أما لو احتملنا كونه علة تامة فهو تمسك بالعام في شبهة التخصّص، والثاني أدهى وأمرّ.

(١) أعم من أن يكون ذلك بالمباشرة أو بالواسطة. فيد الولّي على المال إنما هو يد الصغير تنزيلاً.

(٢) قال تعالى: «الله لا إله إلا هو الحيُّ القيّوم» البقرة / ٢٥٥. وقال أيضاً: «وعَنَتِ الوجوه للحي القيّوم وقد خاب من حمل ظلماً» سورة طه / ١١١. قال الراغب في (المفردات في غريب القرآن): «أي القائم الحافظ لكل شيء والمعطي له ما به قوامه».

فالله تعالى (قيّوم) لعالم الممكنات بحيث لو صرف النظر عنها آناً لاستحال عالم الإمكان إلى العدم بقول مطلق. ولتقريب ذلك إلى الذهن نقول: النفس الناطقة حاوية للصور الإدراكية الصادرة منها بنحو القيّومية، بحيث لو صرفت النظر عنها ـ أو غفلت عنها ـ لانمحت تماماً. والقياس مع الفارق.

وإذ كان جلّ وعلا قيّوم كلّ الممكنات، كانت جميعاً ملكاً له بالملكية الحقيقة لا الاعتبارية.

لأوليائــه الذين بهم وجود هذه الكائنات، ولذا ورد عنهم: «إن الأرض وما فيها كلّها لنا» والبرهان قاضٍ بذلك [١].

ولقد أفاد شيخنا العلاّمة الأصفهاني (قده) أن الملكيّة هي الحواية. وذلك قريب مما ذكرناه. ولا بدّ من أن مراده ما كان بنحو القيّومية للمحويّ [٢] وكون زمامه بيده، لكن المتفاهم بحسب التبادر ليس هو الحواية، فتدبّر جيّداً.

وأمّا ما قيل تارة: بأنها السلطنة [٣]، ففيه ما ذكره شيخنا من أن السلطنة تتعدّى بكلمة (على) والملكيّة بنفسها، فكيف يكون بينهما الترادف؟

---

(١) هذا البحث من فروع الولاية التكوينية للرسول الأعظم (ص) والأئمة المعصومين عليهم السلام. ومعنى الولاية الكلية التكوينية: كون الشخص مجرى للفيض الإلّهي بالنسبة إلى جميع الممكنات، والدليل على ثبوتها لهم هو أقوال أصحاب الولاية أنفسهم، فيما تجاوز حدّ التواتر، ولم يدعّوا جزافاً أو كذباً، لأنهم صادقون مصدَّقون. ثم أنهم العلة الغائية للعالم، وقد خلق العالم لأجلهم، وهم الواسطة والمجرى للفيض الإلّهي، بحيث أن فيض الوجود ينتقل من تلك الذوات الطاهرة ويصل ـ بإذن الله ـ إلى غيرهم. وهذا يسمّى بـ (الفاعل ما به الوجود) وهو يختلف عن (الفاعل ما منه الوجود) الذي هو بمعنى الخالق والموجد، الذي ينحصر في ذات الله تعالى، إذ الخلق مختص به جلّت أسماؤه.

وعلى سبيل المثال: فالشمس واسطة في إنبات الزرع ونموّ الأجسام. فهي (مابه الوجود) والموجد هو الله فحسب.

(٢) قال الفيومي في (المصباح المنير): «حويت الشيء، إذا ضممته واستوليت عليه، فهو محويّ» والظاهر أن الاستيلاء من لوازمه، لمكان لزوم تعديته بكلمة (على) دون مفهوم الحواية.

(٣) ممّن يميل إلى تفسير الملكية بالسلطنة: العلاّمة الطباطبائي السيد محمد كاظم (قدّه).

وأخرى بأنها الجدة ذات الاضافة أي عنواني المالكيّة والمملوكيّة.

ففيه: أن الجدة هي الهيئة الحاصلة لشيء بسبب إحاطة شيء آخربه، كهيئة التقمّص والتعمّم والتختّم، ونحو ذلك. ولا معنى لاعتبار هذه الهيئة للمالك، وهو من قام به المبدأ، لأنه المحيط بالمملوك لا بالعكس[1]. ولا مجال للقول بأن الملكيّة هي الإحاطة الاعتباريّة التي توجب حصول هيئة الجدة، فان الاحاطة تتعدّى بالباء، بخلاف الملكيّة فان تعديتها بنفسها.

وربما يقال: إن الملكيّة اعتبار من مقولة الأضافة[2].

وفيه ان هذه المقولة هي النسبة المتكرّرة التي توجب انتزاع عنوانين متضائفين متكافئين في القوّة والفعل، ولا بدّ أن يكون لهما منشأ انتزاع، فذلك المنشأ الذي ينتزع بلحاظ عنوان المالك والمملوك ما هو؟ فان

---

(١) لا يخفى أن الإحاطة من مقولة الأين، في حين أن الهيئة الحاصلة للمحاط بسبب إحاطة شيء به هي الجِدة. وعليه فالقميص محيط بالإنسان ولذلك نقول: تقمصّ فلان. فإذا كانت المالكية من قبيل الجدة لزم أن يكون المملوك محيطاً بالإنسان كما يحيط به القميص، وهذا لا يصحّ.

(٢) حيث لا يمكن أن تكون الملكية حقيقة الإضافة المقولية لجأ القائل إلى القول بأنه اعتبار من مقولة الإضافة. ذلك أن الإضافة المقولية تعني أن يكون وجودها في الخارج بوجود منشأ انتزاعها، وإنما قلنا: في الخارج، لأن المقولة ما يقال على شيء في الخارج. لذا فإن مقولة الإضافة تكون في المتضائفين اللذين لا ينفكّ تعقل أحدهما عن تعقل الأخر، كالفوقية والتحتية، فكون السقف في حيّز خاص منشأ لانتزاع الفوقية منه، فإذا أدركنا الفوقية أدركنا التحتيّة بالتلازم.

فإذا أردنا اعتبار هذه المقولة الإضافية، لا بدّ لنا من منشأ للانتزاع، والآن نسأل: ما هو منشأ انتزاع الملكية؟ إن كان السلطنة فقد عرفت الأشكال في ذلك، وإن كان الجدة فكذلك.

والخلاصة: أنا نستطيع بيان ستة أقوال في تفسير الملكية:

كان هو السلطنة أو الجدة فقد تقدّم الاشكال عليهما فليتدبّر جيّداً.

ثم إنه أشرنا فيما تقدّم الى أن حكمه باستحالة نقل الحق إلى من هو عليه إنما هو فيما أريد نقله إلى من هو عليه، لا مطلقاً. وقلنا: أن الملاك في الاستحالة هو خصوصيّة عنوان الموضوع، وكونه علّة تامّة، وكذا حكمه بعدم احتياج الملكيّة إلى المملوك عليه إنما هو فيما كانت الملكيّة لشيء في حدّ نفسه، دون ما اذا تعلّقت بشيء على الغير. فراجع ما ذكرناه.

عودة الى الحقوق القابلة للانتقال:

قوله: «إلاّ أنّ في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً من أخذ المال في عوضي المبايعة».

أقول: ربما يقال ان الحق لا يصدق عليه المال عرفاً، وبينهما التقابل[1]، وربما يقال بإختصاص مفهوم المال بالأعيان الخارجيّة، دون ما كان أمراً معنويّاً كالحقّ.

= ١ - أنها اعتبار خاص له آثاره. وهذا تعريف بالرسم.

٢ - أنها السلطنة. وقد عرفت أنها من آثار الملكية لا نفسها، مضافاً إلى تعديتها بـ (على) بخلاف الملكية.

٣ - إنها اعتبار من مقولة الإضافة. ونسأل: ما هو مبدأ الانتزاع؟

٤ - إنهاالجدة. وقد عرفت استلزامها كون المالك محاطاً بالمملوك.

٥ - أنها الحواية. وليست المتبادر من الملكية في الاستعمالات.

٦ - إنها الواجديّة. وهو المختار.

(١) نقلّ سيدنا الجد قدس سره عن أستاذه المحقق الاصفهاني أن المحقق الآخوند كان يرى بين المال والحق تقابلاً، وعلى هذا فكف يُجعل الحق عوضاً في البيع، مع اشتراط كون العوض مالاً؟

وفيهما: إن إطلاق المال على شيء إمّا لأجل أنه تميل إليه النفوس وتبذل شيئاً بازائه، أو كما قاله الراغب لأجل أنه يميل إلى الزوال. وعلى أيّ حال ينبغي أن يكون الحق مصداقاً له. ولو فرض عدم مساعدة العرف في استظهاره من لفظه، فعبارة (المصباح)مبنيّة على الغالب، فانه يكفي في صدق البيع مبادلة مال بعوض، فيعمّ ما نحن فيه من الحق.

ثم إنه قد يقال بلزوم أن ينقلب الحق ملكاً وبالعكس، لو جعل الحق عوضاً في البيع[1].

بتقريب: أن الإضافة بين البايع والعين إضافة الملك، وللمشترى إضافة الحق، وحيث إن المبادلة في البيع تكون بين طرفي الاضافة، دون نفسها، فيلزم أن يكون الحق طرفاً لإضافة الملك، والملك طرفاً لإضافة الحق، وذلك هو المحذور.

وفيه: أوّلاً: ما تقدّم من أن اعتبار بقاء الأضافة مع ارتفاع طرفها هو اعتبار أمر مستحيل لا يمكن المصير إليه[2].

وثانياً: إن الحق ـ على القول بأنه مرتبة من الملك، كما هو مسلكه قدّه ـ لا يلزم من جعله طرفاً لإضافة الملك محذور أصلاً، فان غاية الأمر حينئذ اختلاف المرتبة في طرف الإضافة.

تعريف البيع عند الفقهاء:

قال الشيخ الأنصاري قدّس سره:

---

(١) القائل بذلك هو الميرزا النائيني (قدّس سرّه).

(٢) لأن الإضافة تتشخص بطرفيها.

«إلا أن الفقهاء رضوان الله عليهم قد اختلفوا في تعريفه. ففي (المبسوط)[1] و(التذكرة)[2] وغيرها: إنتقال عين من شخص الى غيره بعوضٍ مقدّر على وجه التراضي. وحيث ان في هذا التعريف مسامحة واضحة، عدل آخرون الى تعريفه بالايجاب والقبول الدالّين على الانتقال».

أقول: المسامحة: من حيث ان الانتقال أثر للبيع، لا أنه نفسه.

قوله: «وحيث أن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ...»

أقول: هذا الأشكال لا يتوجّه لو أريد من المعرّف ما يصدر من البايع والمشتري بإنشائهما. نعم يتوجّه النقض بالمعاطاة، حيث أخذ في التعريف وصف الدلالة، وهي من شؤون اللفظ.

قوله: «إن أريد بالصيغة خصوص: بعت، لزم الدور[3]»

---

(١) لشيخ الطائفة محمد بن الحسن الطوسي قدس سرّه (٣٨٥ هجرية- ٤٦٠).

(٢) للعلاّمة الحلّي: الحسن بن يوسف بن المطّهر رضوان الله عليه (٦٤٨ - ٧٢٦

(٣) حيث لاحظ المحقق الكركي (ره) أن البيع أمر انشائي، والإيجاب والقبول لا يقعان في حيّز الانشاء عدل إلى تعريف البيع بأنه: نقل العين بالصيغة المخصوصة بعوض مقدّر على وجه التراضي.

وتتلخص إشكالات الشيخ الأنصاري (قدس سره) على هذا التعريف بما يأتي: -

١ - إنه يستلزم صحة إيجاب البيع بـ (نقلت)، وقد صرّحوا ببطلانه.

٢ - ينتقض بالمعاطاة، فهو بيع مع أنه ليس نقلاً بالصيغة.

٣ - النقل بالصيغة إن أريد انشاؤه فهو غير معقول، لأنه لا يعقل انشاء اللفظ باللفظ.

٤ - إن أريد بالصيغة خصوص (بعت) لزم الدور.

٥ - وإن أريد بها (ملكت ونقلت) يلزم أن لا يصدق البيع إذا أوجب بصيغة (بعت).

أقول: يمكن دفعه بإرادته بماله من المعنى المرتكز، أو المتفاهم لدى الغير من أهل العرف[1].

التعريف المختار:

قوله: «والأولى تعريفه بأنه: إنشاء تمليك عين بمال. ولا يلزم عليه شيء مما تقدّم».

أقول هذا النعريف يوافق ما عن العلّامة الطباطبائي في (مصابيحه) حيث قال: «إن الأخصر الأسدّ تعريفه بأنه: إنشاء تمليك العين بعوض على وجه التراضي»

والظاهر أن المصنف بدّل كلمة العوض بلحاظ أن إطلاقه يعمّ غير المال.

ثم إن التعبير بالانشاء لأجل أن يعمّ التعريف لمطلق البيع، الأعمّ من الصحيح والفاسد، لعدم كونه موضوعاً لخصوص الصحيح.

لكنّك خبير بأنه لو عرّفه بأنه تمليك عين بمال، وأراد منه الأعمّ من التمليك الحقيقي والانشائي ،لسَلِمَ ممّا أورد عليه العلّامة الخراساني

---

(١) وهذا الجواب من سيدنا الجد قدس سره نظير الجواب عن الاعتراض على عدّ (عدم صحة السلب) من علامات الحقيقة. حيث يقال هناك: الفرق بين المعرَّف والمعرِّف بالأجمال والتفصيل. أي أن المستعمل بارتكازه يرى أن اللفظ بماله من المفهوم الارتكازي يحمل عليه ولا يُسلب عنه فيكتشف أنه معناه الحقيقي. فإذا كان لا يعرف معنى الجدار، ثم وجد صحة حمل ذلك على الحائط بما له من المعنى المرتكز، علم أن حقيقة فيه. وهنا نقول: النقل الذي يكون بالصيغة ـ بما له من المرتكز العرفي ـ هو البيع، فيرتفع محذور الدور.

أوّلاً: بأنَّ المعنى في مشتقات البيع ـ حيث يقال: باع، يبيع ـ هو التمليك دون إنشائه. وثانياً: إن البيع ممّا يقع في حيّز الإنشاء، فلو عرّف بانشاء التمليك لزم أن يقع الانشاء في حيز نفسه، وهو غير معقول

أقول: الظاهر أن المراد من التعريف هوالتمليك الانشائي ،واضافة الانشاء اليه من قبيل إضافة الصفة الى الموصوف، فلا يتوجّه عليه ما أورد. وليس المراد من قولنا التمليك الانشائي هو تقييده به، حتى يورد عليه بأن المقيّد بالانشاء لا يقع في حيّز الانشاء، بل المراد هو مفهوم التمليك القابل لأن ينشأ في حد ذاته ، فليتدبّر.

ردّ إشكال عدم شمول التعريف لبيع الدين على من هو عليه:

قوله: «من تعقل تملك ما على نفسه»

أقول: تقدّم الكلام عليه، وحاصله: أن المبيع إن كان هو الكلّي بدون تقييده بالذمة، فذاك لاماليّة له، وإن قيّد بكونه في ذمّة المديون لزم كونه مديوناً لنفسه .نعم لوباع البايع مثل ذلك الكلّي في عهدة نفسه، حصل للمشترى تملكه، ولزم التساقط بالتهاتر، لكنّه خارج عن مورد النقض.

ردّ إشكال صدقه على الشراء:

قوله: «إن التمليك ضمنى، وإنما حقيقته التملك بعوض».

أقول: فيه أن التعريف باطلاقه يعمّ الضمنى .والأولى أن يجاب: بأن المشترى إنما ينشيء القبول والرضا بما يتصدّاه البائع من تمليك ماله بعوض مال المشترى، فهو بذلك يخرج ماله عن ملكه، ويدخل مال المشترى مكانه انشاءً والمشترى يقبل ذلك، فلا انشاء منه للتمليك أصلاً

وإنما هو لازم قبوله في التحقق خارجاً.

إن قلت : هذا في ساير البيوع، وكذا في السَلَم مع تقدّم الايجاب من البايع ، أما اذا كان الإيجاب فيه من المشترى، كما اذا قال: أسلمت اليك هذه الدراهم في كذا من الحنطة مثلاً ، أو اسلفتك هذه في كذا ،لم يكن ذلك انشاءً للقبول حتى يتوجّه ما ذكر، أو يقال: إن التمليك ضمنى.

قلت: ليس ما ذكرناه، ولا القول بضمنيّة التكليف من أجل التعبير بالقبول، وما بمعناه، بل ذلك من آثار جعل المال بدلاً وعوضاً، وهو حاصل مع كون الايجاب من المشترى.

ثم إن النقض باستيجار العين بعين إنما يندفع بما ذكرناه، لا بالتمليك الضمني الذي ذكره (قدّس سِره)[1] على ما عرفت ولعلّ مراده من الضمنيّة هوما ذكرناه من كونه لازماً للمنشأ لا منشأ بنفسه. فليتدبّر جيداً.

ردّ اشكال انتقاض طرده بالصلح:

قوله: «وفيه أن حقيقة الصلح ولو تعلّق بالعين»

أقول: ملخّص الجواب:

أوّلا : إن الصلح لا يتعدّى إلى المال بنفسه، ولا يقال: صالحتك هذا، بل: على هذا، أو عن هذا، بخلاف التمليك. وذلك أمارة الاختلاف بينهما مفهوماً.

---

(١) قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «وبه ـ ويقصد كون التمليك في الشراء ضمنياً ـ يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين، حيث أن الاستيجار يتضمن تمليك العين بمال أعني المنفعة».

وثانياً: أنه لا يمكن أن يورد النقض بخصوص مورد استعماله فيما يتعلق بالعين في مقابل العوض ، لأجل أن استعماله فيه، وفي ساير الموارد، إنما هو بجامع واحد، وهو التسالم. ويشهد على ذلك أنه لوطالب خصمه أن يصالح عن شيء بشيء لم يكن ذلك إقراراً بملكيّته له، بخلاف ما لو طالبه التمليك فقال: ملّكني هذا، فانه نظير أن يقول: بعنى هذا، ويكون اقراراً منه. فائدة: المصالحة المسالمة، والتصالح التسالم، فاذا استعمل بصيغة المفاعلة تعدّى الى الطرف بنفسه، فيقال: صالحته وسالمته، وبصيغة التفاعل، تصالحت معه، وتسالمت معه، أو تصالحنا[1].

ثم لو كان الصلح في مقام رفع اليد عن شيء يقال: صالحته عن حقوقي مثلا بكذا، وربما يقدّر ما يرفع اليد عنه على مبنى أمر معين، فيقال: صالحته على كذا ، أو يتوافقان على قرار معين بينهما كما في الشريكين بأن يكون الربح والخسران على أحدهما، أو بأن يكون الشراء من أحدهما والبيع من الآخر، أو بما يسدّ مسدّ المضاربة، فيقال: صالحتك على كذا ، وربما يتصالح على أن يكون شيء في قبال شيء، فيقال: صالحته على أن يكون كذا بكذا.

---

(١) قال في (المنجد) الصلح: السلم، وهو اسم من المصالحة.

وصالحه مصالحة: وافقه، خلاف خاصمه.

وتسالم القوم: تصالحوا، وتوافقوا.

وقال الراغب في (المفردات):

«والسلام والسِّلم والسَّلم: الصلح. قال تعالى: (ولا تقولوا لمن ألقى السلام لست مؤمناً). . وقوله تعالى: (وإن جنحوا للسَّلم فاجنح لها) وقرىء للسَّلم بالفتح».

إخراج القرض من التعريف:

قال الشيخ الأنصاري (قدس سرّه):

«ويمكن إخراجه بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة، بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة، لا معاوضة للعين بهما».

أقول: لا بدّ من بيان ماهية القرض. فقد اعتبره الشيخ الأنصاري (قده): تمليكاً على وجه الضمان.

وقال العلاّمة الخراساني: المقصود من القرض هو التمليك لا مجاناً، بل بنحو الغرامة.

وقال شيخنا الأستاذ: هو تمليك ماله ببدل واقعاً، فيقصد بتمليكه عدم المجانية لاجعله بازاء شيء.

وقال الاشكوري تقريراً لبحث أستاذه المحقق الرشتي: لا معاوضة في القرض أصلاً، بل هو عبارة عن تسليم تشخص العين مع بقاء ماليته، بمعنى أن للعين جهة تشخص وماليّه خاصة، وجهة كلية وماليّة كلية، فالمنتقل هو المالية الشخصية، وأما الكلية فهي باقية على ذمة المقترض برسم الأمانة، فلا معاوضة في البين نظير حكم الشارع بجواز التصرف في الملتقط ليحفظ ماليته في ذمته وإن ذهب تشخصها.

والتحقيق: أن التمليك أمر قصدي، وليس هو في القرض مقصوداً[1] مضافاً الى أن التمليك لا يخلو من أن يكون: إمّا بلا عوض،

---

(١) يؤيده ما في اللغة:

قال الراغب: وسمى ما يدفع إلى الإنسان من المال بشرط ردّ بدله قرضاً. وفي (مجمع البحرين): هو إعطاء شيء ليستعيد عوضه في وقت آخر.

وفي (المصباح المنير): والقرض ما تعطيه غيرك من المال لتُقضاه (ومراده أن يؤديه لك).

وفي (القاموس): ما تعطيه لِتُقضاه.

أو مع العوض، وليس له شق ثالث. وحيث إن القرض ليس بهبة ولا معاوضة، حيث لا يلزم ذكر العوض فليس هو تمليكاً من المُقرض.

وأيضاً ما ذكر من الضمان لا معنى لأن يكون ضمان اليد، فانه ليس للمالك مطالبتها مع كونها موجودة كما هو المشهور، ولا يجب على المقترض دفعها، بل له أن يؤدي مثلها أو قيمتها مع كونها موجودة.

وكذا لا معنى لضمان الإتلاف، فان ذلك في إتلاف مال الغير بدون رضاه، دون مثل مورد القرض.

وإن أريد ضمان الإتلاف بمعنى أنه يعطيه لأن يضمنه لو أتلفه، فيلزم أن لا يكون مالكاً فعلا وإنما يباح له التصرف، وإلا فلا معنى لضمان الإتلاف في ملك نفسه.

وما ذكر من الغرامة أشكل، فان الغرامة هي الخسارة ولا موضوع لها في القرض.

وما ذكره شيخنا الأستاذ من تمليك ماله ببدل واقعاً، فيه: أنه لو قال ماله بدل في الاتفاق بينهما، كان أولى.

ومجرد أن له بدل واقعاً يثير سؤالاً، وهو أن هذا البدل هل هو بنحو الغرامة أو العوض؟ وكلاهما غير تام. فالقرض هو إعطاء المال الى الغير بجعله في عهدته بملازمة جعله في يد الغير، وقطع إضافته عن نفسه، وهو المناسب لمعنى القرض بمعنى القطع ومنه قوله: «يقرضون لحومهم بالمقاريض» ويلازمه تملّك الغير لما قد انقطعت إضافته عن الغير، والعهدة أعم من العين وبدلها.

استعمال البيع في معانٍ أخرى:

قوله: «أحدها: هو التمليك المذكور، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري».

أقول: ينبغي ذكر أمور:

١ ــ المفهوم إمّا جوهري، وإمّا عرضي، وإمّا اعتباري.

فالأول: له وجود ذهني وخارجي بماله في نفسه في نظام الوجود، ولا يشتق منه مشتق.

والثاني: له وجود ذهني وخارجي في نفسه ونظام الوجود، ويشتق منه مشتق، فليس لمصدره إلا نسبة ناقصة، لا تفيد التحقق الخارجي، وماضيه ومضارعه يدلان على النسبة التحققّية الوجودية في الخارج.

والثالث: له وجود ذهني ووجود إعتباري في نظر من بيده الاعتبار، من العرف العقلائي أو الشرع، وخارجيته بعين اعتباريته.

٢ ــ إن البيع هو التمليك الجدّي من البايع، بمعنى إيجاده للملكية العقلائية، لا مجرد إنشائه لها، فان إنشاء البيع وإنشاء التمليك خفيف المؤنة، ويمكن إنشاء تمليك السماء لزيد، أو إنشاء تمليك داره لغنمه وبقره، فالتمليك المالكي إنما يكون عقلائياً اذا أنشأ التمليك بقصد حصول الملكية في نفس الأمر بما يناسبها من موطنها، وبقصد التسبيب الى اعتبار الشارع، إن قلنا في العقود الشرعية التي لها آثارها بلزوم قصد التسبيب الى إعتبار الشارع.

٣ ـ إن العنوانين ربما يكونان متحدين بالـذات ومختلفين بالاعتبار، كالايجاد والوجود، والتأثير والأثر ،والتمليك والملكية، والايجاب والوجوب، إلى غير ذلك. وربما يكونان أمرين مختلفين لكنهما متلازمان، لكون أحدهما مطاوعاً للآخر، كالإحراق والإحتراق، والبعث والانبعاث، والكسر والانكسار، والتمليك والتملك، والتعليم والتعلم.

ومن هنا يظهر الفرق بين قول الشيخ (قده): إنه مثل الايجاب والوجوب، لا الكسر والإنكسار. والمقصود أن التمليك والملكية مثل الايجاب والوجوب متحدان بالذات، بخلاف الكسر والانكسار فانهما غير متحدين حيث أن أحدهما عنوان الصدور ، والآخر عنوان القبول.

وملخص الكلام: أن المعنى تارة يلاحظ وجوده في نفسه، فبالاضافة إلى الفاعل إيجاد وبالاضافة إلى نفسه وجود، وأخرى يلاحظ وجوده في غيره فلا بد من قابل يقبله، فتمليك الغير إيجاد الملكية له، وهذا المعنى لا يعقل تحققه إلا مع قبوله، فيصح كلام من قال بأن البيع هو التمليك بشرط القبول.

إن قلت: إذا كان معنى البيع مشروطاً بالقبول، فمعناه مقيد به، وكل مقيد يتوقف تحققه على تحقق القيد، فيلزم توقف حصول البيع على القبول، مع أن القبول هو قبول البيع، ومتوقف على حصوله، فيلزم توقف حصول البيع على ما يتوقف على حصوله، وذلك دور.

قلت: ذلك سارٍ في كل ما هو بين الفاعل والقابـل، فإن الاحراق يتوقف على وجود ما يقبل الاحتراق، دون ما لا يحترق، وقبوله يتوقف على تحققها وصدورها من الفاعل، وكذلك تحقق الكسر يتوقف على وجود ما يقبله أي المنكسر، وقبوله يتوقف على صدور الكسر، وهكذا.

٤ ــ إنه لا شبهة فيما إذا قال: بعت داري من زيد، يستظهر منه إقراره بأنها ملك لزيد، وذلك لأجل أنه يستفاد منه أن ملكه بحقيقـة التمليك الـذي لا ينفكّ عن القبـول، وأنه تمليـك مع مطاوعة.

* * *

قال الشيخ الأنصاري: «وأما البيع بمعنى الأثر! وهو الانتقال، فلم يوجد في اللغة، ولا في العرف، وإنما وقع في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط».

أقول: الظاهر أنه قال: البيع انتقال مال من شخص إلى آخر، وأراد الانتقال الملكي الذي هو المسبّب[1] فيكون قد عرّف السبب بمسببه، وذلك يشبه الرسم، وإن لم يكن رسماً، حيث إنه لم يقل: البيع هو ما يحصل به الانتقال، بل قال: هو الانتقال.

قال الشيخ الأنصاري: «وأما البيـع بمعنى العقد فقـد صرّح الشهيد الثاني رحمه الله بأن إطلاقه عليه مجاز»

---

(١) ووجّه ـ على ما حكاه السيد بحر العلوم ـ بأنه أراد المبنى للمفعول أي المبيعية.

أقول : قال الشهيد الثاني: استعمال البيع في العقد (أي الايجاب والقبول) هو استعمال اللفظ الموضوع للمسبب في سببه. لكن الشيخ الأنصاري يشكل عليه ـ على التعريف الذي اختاره من أن البيع إنشاء تمليك عين بمال ـ بأن المسبّب عن العقد هو النقل الملكي في نظر الشارع[1] وأما النقل الإنشائي فهو حاصل بنفس إيجاب الموجب، ضرورة أن المنشأ لا ينفك عن إنشائه، لاتّحاده معه، وهذا النقل الإنشائي لا يتوقف على شيء، حتى القبول من المشتري. وعليه فالنقل الإنشائي لا يتسبب عن العقد المركب من القبول، ولا من الأيجاب أيضاً فإنه متحد معه لا متسبب عنه.

وبالجملة: المسبّب عن العقد هو البيع الاصطلاحي، إمّا حقيقة أو مجازاً، أي إسم المصدر من البيع اللغوي، فان اللغوي هو النقل الانشائي، ويكون الحاصل منه هو الانتقال الملكي وكونه منقولاً إلى المشتري بنحو التحقق في نظر الشارع، الذي يتوقف على الايجاب والقبول. وإلى هذا المعنى الاصطلاحي[2] ينظر ما ورد من لزوم البيع، ووجوبه، والإقالة فيه، ضرورة أن إنشاء التمليك لا يعقل فيه اللزوم وعدمه، ولا الإقالة، فإنه بمجرد صدوره يكون ثابتاً، وليس له حالتان، وعلى هذا لا تكون إضافة العقد إلى البيع بيانية، بل إضافة السبب الى مسببه، فاستعمال

---

(١) والمراد هو النقل الملغى عنه النسبة الصدورية، أي النقل الموجود المتحقق في الخارج.

(٢) أي إلى النقل الشرعي دون النقل بنظر الناقل، الذي لا يتوقف على شيء سوى أداة الانشاء.

البيع في العقد يكون من استعمال لفظ المسبّب في سببه، ولو كانت بيانية، لم يصح قولهم: انعقد البيع، أو لا ينعقد البيع، فإنه لابدّ وأن يراد من البيع الواقع مسنداً إليه ما يقبل الانعقاد وعدمه، ولو كانت بيانية فهو هو، ولا معنى لعدم انعقاده.

وبعبارة أخرى: النقل الشرعي مغاير لمدلول العقد وهو النقل بنظر الناقل فكيف تكون إضافة العقد إليه بيانية؟ وأما النقل بنظر الناقل فهو مدلول عقد البيع، فلو أريد من البيع هذا النقل صحّت بيانيته.

هل البيع اسم للصحيح؟

ثم إن البيع اسم للصحيح، للتبادر وعدم صحة السلب (على ما في عبارة الشهيد الثاني) ومجازفي الفاسد لصحة السلب عنه (كما في عبارة الشيخ) وأنه لو أقرّ لم يسمع منه إرادة الفاسد، ولو كان للجامع سُمع منه، كما إذا أخبر باستعمال الطهور ثم ذكر أنه توضأ، وأما التقسيم فهو استعمال في المقسم وهو أعم.

يرى الشيخ الأنصاري، أن البيع بماله من الوضع اللغوي موضوع لما هو السبب في تحقق الأمر الواقعي، والفرق بين الشرع والعرف في رؤية أنه سبب فيخطّىء العرف فيما يراه من كون بيع الغرر سبباً، فالبيع موضوع للمفهوم الكلي أي السبب للامر الواقعي، والاختلاف في مصداقه، والتخطئة فيه أيضاً.

أقول: إن كان معنى البيع هو مبادلة مال بمال، أو تمليك عين بعوض، فلا مجال للبحث فيه عن الصحيح وعدمه، فإنه إمّا

موجود أو معدوم، [1] فان الأثر الذي يلاحظ الصحة هو الملكية،وهي متحدة مع التمليك لاتغاير بينهما حتى تفرض أثراً له. وإن كان معنى البيع هو إنشاء تمليك وأريد من الأثر ما ذكرناه من الملكية، فيمكن النزاع في كونه اسماً للانشاء المؤثر أو الأعم.

ثم إنه أشكل الشيخ الأنصاري على وضع البيع للصحيح، بعدم جواز التمسك بالإطلاقات عند الشك في دخالة شيء في البيع، ثم قال :(نعم، يمكن أن يقال: إن البيع اذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: بعت، عند الإنشاء، لايستعمل حقيقة إلا فيما كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظر الناقل. وحينئذ فان كان مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده، وإلا كان صورة بيع، فالبيع المستعمل في الحاصل عقيب قول القائل: بعت، هو عند العرف والشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر، ومجاز في غيره، إلا أن الإفادة وثبوت الفائدة مختلف في نظرهما) [2].

أقول: الحاصل من المصدر هو اسم المصدر الذي تقدم منه أنه المراد ، أي النقل فيشكل عليه بأن النقل الاسم المصدري إمّا

---

(1) النسبة بين الصحة والفساد هي الملكة وعدمها، من حين أن النسبة بين الوجود والعدم هي الايجاب والسلب. وعلى هذا فالموصوف بالصحة أو الفساد لا بد أن يكون أمراً يترقب منه ترتب الأثر عليه، أما اذا كان الشيء لا ينفك عنه الأثر فهو غير قابل للاتصاف بالصحة والفساد. فمبادلة مال بمال توصف بالوجود أو العدم.

(2) لا يخفى أن هذه العبارة منقولة بتصرف وتلخيص.

موجود أو معدوم، فلا معنى لتوصيفه بالصحة والفساد.

ويمكن الجواب: بأن المراد من اسم المصدر هو النقل الواقع في حيّز الانشاء، وهو تارة يؤثر في النقل (أي في الملكية) وربما لا يؤثر، فالبيع حقيقة في نقل البايع المفيد للنقل النفس الأمري، فالبايع بقوله: بعت نقل المال منه إلى غيره نقلا تمليكياً، فان طابق الواقع وحصلت الملكية النفس الأمرية فهو صحيح، وبيع حقيقة عرفاً وشرعاً، وإلا فهو بيع عرفاً وليس ببيع شرعاً.

وأما التمسك بالاطلاق فلا يعقل أن يراد بالبيع ما هو المفيد للملكية شرعاً، ضرورة أن الحلية هي الحلّية الوضعية أي المملّكية، فلو كان موضوعها هو المملك لاتّحد الحكم والموضوع.

وأيضاً لما كان الشارع يخاطب العرف، فهو كأحدهم ويتكلم بلسانهم، وحيث إنهم يرون البيع ما هو حاصل من المصدر أي النقل المؤثر في الملكية، فالشارع أحلّ ما يرونه نقلاً مؤثراً.

كما يمكن أن يكون الموضوع للحليّة هو المصدر، فيراد من لفظ بعت مبدأ المشتقات (المصدر هو المبدأ في بعت الذي يُنشأ بهذه الصيغة، وحاصل المصدر هو النقل الملكي الذي يحصل من هذا الانشاء) فحكم الشارع بحلية هذا الانشاء حلية وضعية، أو أمره بالوفاء به يعلم بحسب إطلاقه أن كل إنشاء للتمليك يؤثر في الملكية الشرعية وفي النقل شرعاً، وهكذا الامر لو كان المراد من

الحلية هو الحكم التكليفي أي الترخيص فيه نظير وجوب الوفاء على تقدير كونه تكليفياً، ضرورة أن انشاء التمليك لو لم يؤثر في الملكية الشرعية لما حكم بالترخيص ولا بوجوب الوفاء.

البيع بالتعاطي

قال الشيخ الانصاري: «إعلم أن المعاطاة ـ على ما فسره جماعة ـ أن يعطي كل من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر»

أقول : إن كان المقصود تعريف البيع بالتعاطي فلا ينطبق عليه هذا التفسير، إذ التعاطي هو المعاملة بنحو المعاوضة، دون البيع، فإنه إعطاء من أحدهما وأخذ من الآخر، وبه يحصل الايجاب والقبول. وأما إعطاء العوض فهو وفاء لما التزم به المشتري. والأقرب في توجيه العبارة أنه بصدد التعريف اللغوي للمعاطاة، حيث عقبه بقوله: «ويتصور على وجهين: أحدهما أن يبيح. . . »فان قصد الاباحة أجنبي عن البيع.

نعم، يبتني التفسير باعطاء الاثنين على ما هو المتداول من أن المفاعلة تدلّ على صدور المبدأ من الطرفين، لكن الأمر ليس كذلك فان ذلك يختص بالتفاعل، وأما هيئة المفاعلة فتدل على صدور المبدأ متوجهاً إلى الغير، أعم من صدوره منه أيضاً ، أولا، كما في المخاطبة والموازنة والمواراة وغير ذلك.

قوله: «وهو يتصور على وجهين: أحدهما: أن يبيح كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر الى تمليكه».

أقول: إباحة التصرف تارة بنحو الاطلاق، بحيث يعم الإنتفاع

والإتلاف وما يتوقف على الملك وغيره، وأخرى في جهة خاصة.

ويشكل الأمر فيما يتوقف على الملك، إلا أن يدلّ بالملازمة على توكيله في التملك حين تصرفه.

وعلى كل تقدير، فلا تنطبق المعاطاة بهذا الوجه على البيع أصلاً.

قوله: «الثاني: أن يتعاطيا على وجه التمليك».

أقول: هذا أيضاً لا ينطبق على البيع، بل هو معاوضة مستقلة، فان البيع بالتعاطي هو الإعطاء على وجه التمليك وأخذه على وجه القبول والتملك، وإعطاء العوض إنما هو لأجل أداء ما التزم به بقبوله، ولذا يتم البيع بالتعاطي مع التمليك نسيئة، ولا يتوقف تملك المشترى على إعطائه العوض في رأس الأجل.

قوله: «وربما يذكر وجهان آخران: أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع، ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه».

أقول: ذكرهما صاحب (الجواهر) والمراد بالنقل هو الإعطاء في الخارج. وفي عبارة (الجواهر): «ثالثها: أن يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا تصريح بالاباحة المزبورة، بل يعطي البقّال مثلا شيئاً ليتناول عوضه، فيدفعه اليه»[1]

قوله: « ويُردّ الأول بامتناع خلوّ الدافع عن قصد عنوان من

---

(١) الجواهر ج ٢٢ ص ٢٢٦، الطبعة الحديثة.

عناوين البيع أو الإباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العنوانات الخاصة»

يعني أن إعطاء الشيء إمّا تمليك العين، أو المنفعة، أو إباحة التصرف، أو إيداعه، أو إقراضه، أو إعارته وحيث ان ما عدا التمليك والاباحة غير مقصود، فيتعين في قصد أحدهما فيرجع الى الوجهين الأولين.

قلت: أراد صاحب (الجواهر) التسليط المطلق حيث قال: «ولعل القائل باشتراط الصيغة في البيع، يشرعه أيضاً على جهة الاباحة التي هي الأصل فيما يقصد به مطلق التسليط فغيرها محتاج إلى قصد آخر، بخلافها فإنه يكفي فيها قصد هذا التسليط المطلق»[1].

أقول: السلطنة لازم أعم لتمليك العين والإباحة، أي الترخيص في التصرف فيها، فيقصد اللازم من دون أن يقصد أحد الملزومين، ومهما كان الأمر كذلك كان شرعاً مباحاً لكونه الأصل. بل ان تسليط الغير لازم أعم من التمليك والإباحة وقطع إضافة الملكية عن نفسه بنحو الإعراض، فيتخير في التملك والتصرف فيه كيف شاء، فإنه مال بلا مالك، فسبيله سبيل المباحات والحاصل أنه لا يتوجه عليه ما أشكل به الشيخ الأنصاري (قده).

ثم إن هذه السلطنة الخارجية التكوينية[2] أي كون المتاع في

---

(١) الجواهر ج ٢٢ ص ٢٢٧.

(٢) إشارة الى أن السلطنة الاعتبارية ليست مرادة هنا.

اليد، وإن كان يقبل أن يتعنون بعناوين مختلفة ، من الملكية والإباحة وغيرهما، لكن لا يقصد شيئاً من تلك العناوين بل إنما يجعله تحت يده مقروناً برفع يده عنه، فلا يقصد تمليكه، ولا يصرح بالإباحة المالكية، وهو يباح له التصرف عقلاً وشرعاً بلاضمان، حيث ان يده عليه مأذون فيها، وقد ارتفعت عنه اليد المالكية ومثل ذلك مما يكون مباحاً ،فلا يتوجه عليه إشكال الشيخ الانصاري بتقريب: أن الجنس لا يتحقق بدون الفصل، كما ذكره السيد الطباطبائي في (حاشيته) حيث قال في توجيه كلام المصنف: «ولعله من جهة امتناع ايجاد الجنس من دون فصل، فإن الإيجاد الانشائي في ذلك كالإيجاد الخارجي في الامتناع». ثم أشكل السيد على هذا المقال بالفرق بين الإيجاد الانشائي والخارجي، وحكم بامكان إنشاء القدر المشترك بدون الفصل.

قلت: ليست السلطنة الخارجية أي جعل المتاع تحت اليد، جنساً للتمليك والإباحة وغيرهما، بل هي أمر يوجد في الخارج يقبل التعنون بالعناوين إذا قصدت،ومع عدم قصد واحد منها لا يتعنون بشيء منها.

وأيضاً لا يتوجه عليه اشكال المصنف بما قرّبناه من أن الارادة لا بدّ لها من داعٍ، فلا يخلو من داعي التمليك أو الإباحة أو غيرهما، ضرورة أنّ ذلك فيما كان له غرض يكون علة غائية لفعله وإعطائه حتى يكون ذلك الغرض داعياً ، فإذا لم يكن شيء من تلك العناوين غرضاً له، وانما كان غرضه هو التوصل بإعطائه الى اعطاء الآخر ، وجعل ماله تحت يده، فلا محذور.

قوله: «والثاني آن يقصد الملك المطلق من دون خصوصيه البيع»

أقول: إن أراد التمليك بعوض، فيشكل عليه بأنه إمّا هو البيع ـ كما ذكره المصنف ـ أو هو أحد مصاديقه. إلا أن يريد بالاطلاق عدم التقيد بالعوض، ويكون المراد من قوله: دون خصوص البيع، أي دون التمليك بعوض.

حكم البيع بالتعاطي:

ثم ورد الشيخ الانصاري في حكم المعاطاة ، وذكر ثلاثة أوجه:ـ

أحدها: ما هو المشهور من إفادة إباحة التصرف وأن الملك يحصل بتلف أحد المالين

ثانيها: افادتها للملك اللازم.

ثالثها: كونها بيعاً فاسداً، فلا يفيد الملكية ولا الاباحة.

تحرير محل النزاع:

ثم ذكر أن محل النزاع هو ما اذا كان المقصود بالمعاطاة هو التمليك ضرورة أن ما يقصد بها الاباحة المالكية لا مجال للنزاع فيه، وحيث إن قول المشهور بالاباحة مع قصد التمليك لا يجتمعان، إذ ليست الاباحة هي الشرعية، لعدم نص يدلّ عليه، بل إنما هي مالكية، وكيف تجتمع مع قصد التمليك؟ فلهذا قال المحقق الكركي: أن المراد هو الملك المتزلزل فيستقر ملك احدهما على ما أخذه بتلف ما دفعه الى صاحبه.

ثم ذكر استبعاد صاحب الجواهر لهذا الوجه، وجعل محل النزاع المعاطاة المقصود بها الاباحة.

ثم قال: إن كلام المحقق الثاني، والقول بالملك المتزلزل بعيد عن كلام جماعة من الأصحاب كالشيخ ابن ادريس وابن زهرة والعلاّمة وغيرهم، بل صرّح بعضهم بعدم إفادة الملك أصلاً.

وقال: إن كلام صاحب الجواهر أبعد، بل لا يوجد في كلام أحد منهم، ثم ذكر كلمات الأصحاب ليظهر بُعد ذلك وأبعدّية هذا.

أقول: لا مجال لجعل النزاع فيما قصد بالمعاطاة الإباحة، فإن من جملة الأقوال قول المفيد، وهو إفادة الملك اللازم، وأيضاً منها كونها بيعاً فاسداً، ومع قصد الإباحة لا موضوع لشيء من القولين.

ثم أقول: الذي يظهر من صاحب (الجواهر) أن القول بالإباحة مع قصد المتعاطيين البيع مما لا ينبغي أن يُنسب إلى أصاغر الطلبة، بل لا بدّ من القول بفساد البيع بناء على اشتراط الصيغة، ويظهر منه أن القول بالإباحة ليس مورده المعاطاة بقصد التمليك، والقائل بأن المعاطاة بيع فاسد يرى مشروعية التعاطي بقصد الإباحة أي إباحة كل منهما التصرف للآخر على جهة المعاوضة.

والحاصل من كلامه أن القول بالإباحة ليس مورده المعاطاة بقصد التمليك.

والخلاصة: أن المعاطاة المقصود بها التمليك هو محل النزاع، لكن حيث أنه لا معنى لحكمهم بالإباحة، فإن المالكية

غير مقصودة، ولا مجال لوقوع ما لم يُقصد، وعدم وقوع ما قُصِد، لهذا يقول المحقق الكركي بالملك المتزلزل اللازم بالتلف.

لكن عن العلامة في (التحرير) أنه قال: «الأقوى أن المعاطاة غير لازمة، لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية».

وفيه: أن التعبير عن الملك بالإباحة لا وجه له، مضافاً إلى أن ظاهر كلامهم - لولا صريحه - نفي الملك، وأيضاً لِمَ لم يعبّروا في البيع الخياري والهبة بالإباحة عن الملك المتزلزل.

ويُنسب إلى صاحب الجواهر أن محل النزاع المعاطاة المقصود بها الإباحة.

وفيه: أن المعاطاة كذلك لا يُعقل أن يحكم المفيد بالملك اللازم، والعلاّمة بأنها بيع فاسد.

فالنسبة إلى صاحب الجواهر لا مجال لها.

والحاصل: أن إشكال الكركي وكلام صاحب الجواهر في ترّتب الإباحة المالكية على قصد الملك والإشكال ليس من أجل عدم وقوع ما قُصِد، بل وقوع ما لم يقصد.

قال العلاّمة الخراساني: لم يتخلف العقد عن القصد، حيث أن الملكية مترتبة على المعاطاة بشرط التصرف، وفرق بين إلغاء الأثر وترتيب ما يخالفه، وبين إمضائه بشرط.

أقول: ليس المحذور تخلّف العقد، بل المحذور وقوع ما لم يقصد[1].

---

(١) هذا البحث متفرع من قاعدتين متداولتين في ألسن الفقهاء:

١ - العقود تتبع القصود.

إذا عرفت هذا فنقول: عن الشيخ الطوسي في (المبسوط) بعد أن اعتبر الإيجاب والقبول أنه قال: «فكل ما جرى بين الناس إنما هي استباحات وتراض، دون أن يكون ذلك بيعاً منعقداً، مثل أن يعطي درهماً للخبّاز فيعطيه الخبز، أو قطعة للبقلي فيناوله البقل، وما أشبه ذلك ولو أن كلاًّ منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك، لأنه ليس بعقد صحيح».

أقول: لا بدّ وأن يكون محل النزاع هو المعاطاة المقصود بها التمليك، فقول بالملك كما عن المفيد، وقول بالفساد، وقول بالإباحة وهو المشهور، والمراد هو الإباحة الشرعية دون المالكية حتى يتوجه عليه أن ما وقع لم يُقصد. والسر أن المعطي سلّط غيره على ماله وجعله تحت يده، وقد قصد ملكيته بحسب نظره التابع لنظر العرف، وإنما الشارع حيث يرى اعتبار اللفظ لم يعتبر الملكية، لكن الرخصة الشرعية في التصرف إنما يمنع عنها المنع من المالك ولا منع منه.

إن قلت: فيجوز التصرف في البيع الفاسد.

قلت: هناك[1] لم يجعل المال تحت يد صاحبه ابتداء، بل إنما

= ٢ ـ لا يصح وقوع ما لم يقصد.

توضيح القاعدة الأولى: أن العقد هو العهد من الطرفين، فكأنه تعاهدَ بينهما على أمر مقرر بينهما، فإذا لم يكن العقد تابعاً للقصد لزم الخلف، وهذا أمر بيّن.

وتوضيح القاعدة الثانية: أن الوقوع لو كان منسوباً إلى المتعاقد لم يُعقل، لأنه يستلزم أن لا يضاف الوقوع إليه، ولأجل ذلك ذكر صاحب الجواهر أن المعاطاة المقصود بها الملك لا يمكن إفادتها الإباحة، لاستلزامها وقوع ما لم يقصد.

(١) هناك رضا بالتمليك وهاهنا رضا مترتب على قصد التمليك.

عقد تمليكياً وكان التسليم لأجل الجري على ما تعاهده، أي يعطي مال الغير، فيتبيّن أنه ليس له. وها هنا يعطي مال نفسه فلم يكن التسليم مقصوداً بنفسه.

ويتوجّه على العلامة الآخوند بأن المعاطاة بقصد التمليك تؤثر في التمليك بشرط التصرف كالقبض في الصرف والسلم، وأما الإباحة قبله فليست شرعية بل مالكية ضمنية. ثم يصحّح الإباحة الشرعية ـ على تقدير القول بها ـ بالسيرة، والظاهر أن مراده من الإباحة الضمنية أن المالك في ضمن رضاه بتملكه راضٍ بتصرفه.

ثم إن الشيخ الأنصاري (قده) ذكر كلمات الأصحاب وزاد عليها بأن الواقع في أيدي الناس المعاطاة المقصود بها الملك. ويبعد فرض الفقهاء الكلام في غير ما هو الشايع مع تصريحهم بإرادة المعاملة المتعارفة، ثم شرع في ردّ (جامع المقاصد) بأن ظاهر كلمات الأصحاب عدم حصول الملك ومع ذلك قال في جامع المقاصد: «المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع وإن لم يكن كالعقد في اللزوم».

قال الشيخ الأنصاري: «والذي يقوى في النفس إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها».

وملخص كلامه: أنهم في المعاطاة المتعارفة المقصود بها التمليك، يحكمون بالإباحة، وهي لم تحصل بإنشائها، بل كان إعطاء كل منهما سلعته وتسليط الغير عليها مستلزماً للاذن في التصرف، فيرد عليهم كلام المحقق الثاني: أن الملك إذا لم يحصل، فلا بدّ من الفساد، إذ الإباحة لم تُقصد ولم تُنشأ حتى

تكون من المالك، فكيف يحكمون بها؟ والتأمل في كلامهم يعطي أنهم أرادوا الإباحة المالكية لا الشرعية، مضافاً إلى أن الإباحة الشرعية لا دليل عليها ولم يُشعر كلامهم بالاستناد إلى نص في ذلك.

أقول: الاستناد إلى الإجماع والسيرة ممكن (لكن يؤيد كلام المحقق الثاني في ارادتهم من الإباحة حصول الملك أنهم أطلقوا الاباحة بالإضافة إلى جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك).

والقول بحصول الملكية في آن التصرف الملكي بالبيع والوقف والوطي وغير ذلك كما في حصول الملكية للواهب فيما وهبه، ولذي الخيار فيما باعه، بعيد، وإن كان يمكن الإلتزام به من حيث دلالة الاقتضاء[1] حيث إن الدليل دلّ على صحة هذه التصرفات.

أقول: إن كان الدليل هو الإجماع والسيرة فهما يدلان على الملك، ولأجله صحت التصرفات، ولا مجال للإباحة المالكية. نعم، الإباحة الشرعية الكذائية يمكن القول بها على التقريب المتقدم، ولم يكن هناك دليل على الملكية من أول الأمر وكان مقتضى الأصل عدمها.

ثم ذكر الشيخ قول المتأخرين بأن من قال بالإباحة في

---

(١) لا يمكن ذلك في آن التصرف في البيع والوقف، إذ لا يعقل اجتماع الضدين من الدخول والخروج في البيع والوقف في آن واحد، بل في البيع مضافاً إلى ذلك دخول في ملكه، ودخول في ملك الغير في آن واحد، إلا أن يقال أنه بالإيجاب يدخل في ملك نفسه وبتمامية القبول يخرج ويدخل في ملك الغير، وفي الوقف بإيجابه يدخل في ملك نفسه وبالقبض يخرج. نعم في الوطي يمكن حصول الملك في آن واحد، حيث أن المحرّم هو الوطي مع عدم الملك، ولا يلزم التقدم، بل عنوان الوطي في الملك معناه التضائف في المالكية والمملوكية، وهما متضائفان متكافئان في الفعلية.

المعاطاة يرى أنها ليست بيعاً أصلاً، وقول المحقق الثاني بأنها ملك متزلزل، ودفع الثاني بأن شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار، وبأن شرط صحة البيع الإيجاب والقبول، فإذا لم يكن خيار[1] ولم يكن إيجاب وقبول، فلا ملك أصلاً. ودفع الأول بأنه يبتني على القول بأن أسماء المعاملات موضوعة للصحيح المؤثر، فإذا كان في نظر الشرع والمتشرعة ـ بما هم متشرعون ـ مؤثراً في النقل الملكي كان بيعاً وإلا كان صورة بيع، كبيع الهازل عند العرف، فكل من اعتبر الصيغة في صحة البيع أو فسّر البيع بالعقد، فلا محالة لم تكن المعاطاة عنده بيعاً.

والتحقيق: أن الملكية لو كانت أمراً واقعياً، وقلنا بوضع البيع للمؤثر في ذلك، وأن نظر العرف والشرع طريقان إليه، فعليه متى اعتبر الصيغة فالمعاطاة غير مؤثرة في ذلك، والحاكم بأنه ليس ببيع يختص بالمتشرعة، وتخطئتهم العرف في تسمية ذلك بيعاً.

وأما إن كانت الملكية أمراً اعتبارياً قوامها بنفس المعتبر، فالبيع موضوع للمؤثر في هذا الاعتبار، وعليه فالمعاطاة بيع صحيح عند العرف، وبيع فاسد عند المتشرعة، ومعنى الفساد عدم اعتبار الشارع على طبق العرف، لمكان لزوم الصيغة.

الأقوال في المعاطاة:

ثم إن الشيخ ذكر أن في المعاطاة على ما يظهر من كلماتهم أقوالاً ستة: أحدها: الملك اللازم، وهو قول المفيد، ويستفاد أيضاً من قول العلاّمة في (التذكرة): «الأشهر أنه لا بدّ من

---

(١) ويمكن القول بأن عدم الخيار يفيد في عدم الفسخ لا في عدم الردّ الذي هو محل الكلام.

الصيغة» فغير الأشهر ـ وكأنه قول معتدّ به ـ أنه لا تلزم الصيغة.

أقول: ذكر جدّي الشيخ الأجلّ المامقاني[1] كلام المحقق الأردبيلي والمحدّث الكاشاني في (المفاتيح) قولهما الموافق للمفيد.

ثانيها: أنها تفيد الملك بشرط أن يكون الدالّ على التراضي أو المعاملة لفظاً. وأشكل في عدّه من الأقوال بأن المعاطاة المشروط فيها اللفظ يرجع إلى اعتبار الصيغة بنحو الإجمال دون كونه قولاً في المعاطاة.

ثالثها: الملك الغير اللازم.

رابعها: عدم الملك وإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك.

خامسها: إباحة التصرفات ما عدا المتوقفة على الملك.

سادسها: عدم إباحة شيء من التصرفات.

توجيه القول بالملك:

قال الشيخ الأنصاري: «وذهب جماعة ـ تبعاً للمحقق الثاني ـ إلى حصول الملك، ولا يخلو عن قوة، للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، في التصرف فيه بالعتق والبيع

---

(١) هو العلامة المحقّق آية الله الشيخ محمد حسن المامقاني قدس سره، صاحب الآثار العلمية الضخمة التي منها (بشرى الوصول إلى أسرار علم الأصول) في ثمانية أجزاء مخطوطة، نسأل الله التوفيق لطبعها. وللشيخ المامقاني الكبير حاشية على (مكاسب) الشيخ الأنصاري باسم (غاية الآمال) أكملها نجله العلامة الثاني آية الله الشيخ عبد الله المامقاني قدس سره ـ خال سيدنا الجد ـ وسمّاها (نهاية المقال في تكملة غاية الآمال).

والوطي والإيصاء وتوريثه وغير ذلك من آثار الملك».

تقريب الاستدلال بالسيرة أنها قائمة على صحة التصرفات حتى المتوقفة على الملك فيما هو مأخوذ على وجه ضمان المسمّى، لا المثل والقيمة، سواء زاد المسمى عليهما أو نقص، ومثل ذلك يلازم حصول الملك[1].

وبعبارة أخرى: إن السيرة وإن لم يكن لها لسان، لكن الجرى العملي على ترتيب آثار الملك على المعاطاة المقصود بها الملك مع ضمان المسمّى ثابت، وبهذا المعنى مُمضاة.

---

(١) الاستدلال بالسيرة في الكتب الفقهية على نحوين: -

أ - سيرة المتشرعة بما هم متشرعة، أي بما أن سلوكهم مطابق لأوامر الشرع. أي أن عملهم وارتكازهم الذهني يكشفان عن تلقيّهم ذلك من الشرع، نظير الإجماع. والفرق بينهما أن الإجماع يكشف عن قول المعصوم، في حين أن سيرة المتشرعة بما هم متشرعة كاشفة عن تلقّي مبدأ عملهم من الشرع.

إنما الكلام في اثبات الصغرى، وهي قيام السيرة في المعاطاة على كونها مملّكة.

ب - السيرة التي يبحث عنها في (حجية الظواهر)، وهي قيام سيرة العقلاء قبل الشرع والشريعة على اعتبار الظواهر المستفادة من الكلام حجة في مقام الواقع، جعلهم المدلول الاستعمالي حجة على المراد الجدّي. وإذا كان الشارع لا يرتضي هذه السيرة - وهي متداولة في زمانه - لكان يردع عنها، إذ لو لم يردع كان ناقضاً لغرضه، فسكوته كاشف عن الرضا والإمضاء.

وكذا ما نحن فيه فإن السيرة قائمة قبل الشرع على معاملة المعاطاة معاملة الملك، فلو كان الشارع لا يرى المعاطاة مملّكة لكان عليه أن يردع عنها، وإذ لم يردع فذلك كاشف عن رضاه.

أما كيف يستكشف من صحة التصرفات - حتى المتوقفة على الملك - سببيّة المعاطاة للملكية، فلأن المتعاطيين يقصدان التمليك، والعقلاء يعتبرون المأخوذ بالمعاطاة مأخوذاً بضمان المسمّى (لا بضمان المثل أو القيمة) سواء زاد المسمّى على المثل والقيمة أو نقص. وليس هذا إلا من جهة كونه بيعاً صحيحاً.

وأمّا ما سيأتي منه من أن السيرة كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة بالدين، فمدفوع بأن السيرة ها هنا سيرة العقلاء قبل الشرع والشريعة.

الاستدلال بآية حل البيع:

قال: «ويدلّ عليه أيضاً عموم قوله تعالى: «وأحَلَّ اللهُ البَيْعَ»...

أقول: وروى الشيخ في (التهذيب) والصدوق في (من لا يحضره الفقيه) عن عمر بن يزيد بيّاع السابري، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جُعلت فداك، إن الناس زعموا أن الربح على المضطرّ حرام، فقال: هل رأيت أحداً اشترى ـ غنياً أو فقيراً ـ إلا من ضرورة؟ يا عمر قد أحلّ الله البيع وحرّم الربا، فاربح ولا تُرب، فقلت: وما الربا؟ قال: دراهم بدراهم، مثلين بمثل، وحِنطة بحنطة مثلين بمثل»[1].

قال الشيخ: «حيث انه يدلّ على حليّة جميع التصرفات المترتبة على البيع، بل قد يقال بأن الآية دالة عرفاً بالمطابقة على صحة البيع لا مجرّد الحكم التكليفي، لكنه محل تأمل».

أقول: حكم الشيخ بأن المعاطاة بيع، كما سيأتي من قوله (وأما منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة)[2] والكبرى هي الآية المباركة، والإستدلال بها على المدّعى وهو التمليك، تارة بما

---

(١) الوسائل ـ كتاب التجارة، باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ١.

(٢) ومن نفى البيع أراد نفي صحته أو لزومه ولذا لم ينكر صاحب (الفقيه) كون الفاقد للإيجاب والقبول بيعاً، بل قال: إنهما شرط صحة البيع، أي تأثيره في الملكية مع تسليم كونه بيعاً.

ذكره من تقدير جميع التصرفات المترتبة على البيع، وأخرى بما سيأتي منه من قوله (فالأولى حينئذٍ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً) فالمصنف استظهر الحرمة التكليفية للمقابلة مع حرمة الربا، والانصاف أن الحرمة إذا نسبت إلى الربا وهي الزيادة لا تكون تكليفية.

والتحقيق: أن الحلّ إمّا تكليفي أو وضعي، وعلى كل منهما إما أن البيع هو مبدأ المشتق في (بعت) المراد به المسبب عن إنشاء البيع، أو يراد به نفس السبب، أي إنشاء البيع، فإن رجع التكليف والوضع إلى المسبَّب فلا محالة تكون الدلالة على الصحة، فإن المسبب تجويزه تكليفاً بلحاظ أنه يصدر إختياراً بسببه، فإذا جاز فهو موجود، والموجود لا يوصف بالفساد فإن الفساد هو العدم، والمسبَّب حليته وضعاً: اعتباره شرعاً.

وإن رجعا إلى السبب، فالحلية الوضعية اعتبار تأثيره، والحلية التكليفية تدلّ بالإلتزام، حيث إن إباحة إنشاء البيع تدلّ بالملازمة على صحة التصرفات المترتبة على البيع حتى المتوقفة على الملك، وحيث إنها بضمان المسمّى، فلا محالة تفيد صحة البيع.

وأيضاً سياق الآية المباركة حلّ البيع العرفي.

ثم إن الشيخ يقدّر حلّ التصرفات وكأن ذلك لأجل ظهور الحلية، فنقول: تحلّ تكليفاً المعاملة البيعية، فلا بدّ من تحققها، إذ لو كانت باطلة عاطلة، لم يكن معنى للترخيص فيها. والحاصل أن البيع العرفي تحليله ليس إلا صحته وتأثيره.

لا يتوهّم أن أدلة توقف البيع والوقف وغيرهما على الملك رادعة للسيرة، إذ هي في رتبة سابقة تثبت الملك. وقال شيخنا

الأستاذ (قده): ليست السيرة على جواز هذه التصرفات في غير الملك أي في المباح، بل السيرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، فلا ينافي توقف تلك التصرفات على الملك.

نعم، لو دلّ دليل بالمطابقة على عدم جواز هذه التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة، أو دلّ دليل على ذلك بالالتزام، بأن دلّ على حصر ما يوجب التمليك في اللفظ كان ردعاً، وأنّى للخصم بذلك؟

ولا يتوهّم أن استصحاب عدم حصول الملك بالمعاطاة رادعة للسيرة، فان رادعيته تتوقف على عدم حصول اليقين بالملكية بسبب السيرة، والإ فلا موضوع له.

وبعبارة أخرى: رادعيّته في ظرف ثبوت موضوعه، أي في ظرف عدم حصول اليقين بالملكية بسبب السيرة، وعدم حصول اليقين متوقف على رادعيّته، وهو دور، فيستحيل الرادعية.

لا يقال: كون السيرة مورثة لليقين، متوقف على عدم رادعيّة الاستصحاب، وعدم رادعيته متوقف على كونها مورثة له.

لأنا نقول: يكفي في حجية السيرة عدم ثبوت الردع بسبب الاستصحاب، ولا يكفي في جريان الاستصحاب عدم ثبوت نقيض موضوعه، فلا بدّ من ثبوت عدم ثبوته، لمكان زوم إحراز الموضوع.

والتحقيق: أن سيرة العقلاء قائمة على المعاطاة مع صدور دليل الاستصحاب، فيعلم أنه غير قابل للردع، بل نقول: أن هناك سيرتين إحداهما، السيرة على ظاهر لفظ (لا تنقض اليقين) وأخرى

على المعاطاة، والسيرتان كلتاهما غير مردوعتين، فلا بدّ من عدم التنافي بينهما.

والخلاصة: أن الشيخ يستظهر الحلّية التكليفية، ولذا يقدّر التصرفات المترتبة على البيع، ويقول بأن ذلك يلازم الملكية بالمعاطاة، ثم يشكل عليه بحصول الملكية آناً ما، ولا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر، إلى أن قال: فالأولى التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً، أي كونه من أول الأمر موجباً للملكية.

أقول: إن كان البيع هو إنشاء التمليك كان للتقدير مجال، لكن حيث ان البيع ظاهره هو تمليك المالك المسبب عن إنشائه، فلا يحتاج الى التقدير، ويدل على المقصود، إذ يكون معناه ان هذا التمليك حلال، ولا معنى لفساده، إذ الفساد مساوق للعدم، والمفروض أن التمليك وهو ايجاد الملكية حلال، والايجاد لا ينفك عن الوجود.

بل قلنا: إن البيع لو كان هو انشاء التمليك لدلّ تحليله على نفوده وتأثيره، اذ لا معنى لتحليل أمر لغو وباطل.

والحاصل: أن الآية المباركة دالّة على مؤثرية البيع، ومنه المعاطاة، في الملكية.

لا يقال: إن هذا يتوقف على إطلاق البيع حتى يشمل المعاطاة، ومن المحتمل ان الآية في مقام التشريع.

لأنا نقول: أولا ـ ان ظاهر الحكم هو الفعلية.

وثانياً: تقدّمت رواية بيّاع السابري.

قوله: «وأما دعوى الاجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً».

أقول: أراد في الجواب من المعاملة اللازمة، اللزوم بحسب الاقتضاء، المتفرع على الصحة، وعلى ذلك يلائم قوله ما صرّح به في (الغنية) من أن الايجاب والقبول من شرائط صحة البيع، أي هو بيع لكن ليس بصحيح شرعاً.

قوله: «ودعوى أن البيع الفاسد ليس عندهم بيعاً، قد عرفت الحال فيها».

أقول: هذا دفع لما يتوهم من أن جعل الايجاب والقبول من شرائط الصحة، يستلزم عدم صدق البيع على الفاقد، فيتمّ دعوى الاجماع المذكور.

وتقريب الدفع ما تقدّم من أنه لوكان موضوعاً للصحيح لم يجز التمسك بالاطلاقات، مع أنه يتمسك بها.

الاستدلال بآية التجارة عن تراض:

قوله: «ومما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿إلّا أنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾ أقول: الآية المباركة مع صدرها هكذا: ﴿لا تَأكُلُوا أمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالباطِلِ إلّا أنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾وأكل المال عبارة عن أخذه لنفسه، ولعله استعارة تخييلية من أجل تشبيه المال بالمأكول واثبات لازمه.

والباطل ما ليس صحيحاً عقلائياً، وفُسّر في الرواية بالقمار والربا والسحت، وحينئذ فالظاهر أن الاستثناء منقطع، وكأنه كان يتوهم النهي عن المعاملة بالكلية، فاستثنى التجارة، وأفادت الآية جواز التصرف والأخذ لنفسه بسبب التجارة، والتجارة هي التصرف في رأس المال طلباً للربح كما ذكره الراغب.

وتقريب الاستدلال: أن الظاهر من الأكل هو اتّخاذه لنفسه وتملكه.

وحيث إن المعاملة المعاطاتية يصدق عليها التجارة فالآية تدل بالمطابقة على الرخصة في التملك بالمعاطاة، وعموم التجارة لا مخصص له.

ولو كان الأكل كناية عن التصرف، فحيث إن جميع أنحائه منهى عنه في الباطل، فجميع أنحائه مرخّص فيه في التجارة، ومن جملة الأنحاء التصرفات المتوقفة على الملك، وحينئذ يكون الاستدلال بالدلالة الالتزامية العرفية على كون المعاطاة مفيدة للملك.

الاستدلال بحديث السلطنة:

قال الشيخ الانصاري: «وأما قوله(ص): (الناس مسلّطون على موالهم)[1] فلا دلالة فيه على المدعى».

---

(١) بحار الأنوار للعلاّمة المجلسي ج ٢ ص ٢٧١، الطبعة الحديثة.

أقول: ١ ـ أشكل الشيخ على الاستدلال به بأنه مسوق باطلاقه لتشريع أنواع السلطنة، لا لدفع شرطية ما يشك في دخالته في تأثير نوع خاص، فاذا اثبتنا بعموم هذه الرواية، أو بدليل علمي آخر سلطنة المالك على تمليك ماله، وشككنا في شرطية الايجاب والقبول اللفظيين ـ كما فيما نحن فيه ـ فلا يمكن التمسك بهذه الرواية، إذ ليس ذلك شكاً في ثبوت هذا النوع من السلطنة شرعاً، بل هو شك في اشتراط المسلَّط عليه بشيء، ونفي اشتراطه به أجنبي عن ثبوت السلطنة عليه.

٢ ـ وأشكل العلّامة الخراساني بأن الرواية مسوقة لنفي الحجر عن تصرف المالك في ماله، وليست في مقام تشريع السلطنة بأنواعها، فلا يتمسك بها حتى فيما شك في التسلط على نوع من الأنواع.

٣ ـ وأشكل العلّامة الرشتي ـ على ما نقله مقرّر بحثه ـ بأن مقتضى الجمود على الظاهر التسلط على التصرف في موضوع المال، وإخراج المال عن إضافته الى المالك ليس تصرفاً في المال.

وتقريبه: أن الموضوع هو المال المضاف باضافة الملكية، ولا بد من انحفاظه كذلك في آن التصرف، مع أن في آن التمليك لا يعقل ذلك، فانه آن ملكية الغير بمقتضى الاتحاد بين التمليك والملكية، وفي هذا الآن يستحيل بقاء ملكية المالك للتضادّ بين الملكيتين.

فالرواية لا يمكن الاستدلال بها على جواز التمليك أصلا، فكيف بحصوله بالمعاطاة أو بغيرها.

٤ ــ وربما يورد هاهنا إشكال آخر، وهو أن ملكية المالك علّة للسلطنة على التمليك، والتمليك عبارة أخرى عن زوال ملكية المالك، فيلزم علّية الشيء لعدم نفسه.

أقول : يتوجه على الإشكال الأول: أن الرواية دلّت على تشريع أمر وضعي، وهو التسلط على المال، ومعنى التسلط هو التمكن من قهرٍ، كما ذكره (الراغب)، ويقرب منه ما ذكره غيره، فمعنى التسلط على المال، أن زمامه في يد مالكه، وباختياره يفعل فيه ما يريد، وحيثما يملّكه للغير فهو ينقله من محل إلى محل، وله التسلط على ذلك شرعاً.

ثم إن الاطلاق يعمّ أنواع المسلّط عليه، وأنحاء كل واحد منها، ومن جملة الأنحاء التمليك بالتعاطي.

ويشهد على هذا الاطلاق صحة الإستثناء بأن يقال: مسلّطون على أموالهم إلا في تمليكها بنحو التعاطي، فعلى ذلك متى صدر التمليك من المالك، بأي سبب كان، فمقتضى تسلّطه عليه شرعاً صحته وترتب الأثر عليه.

ويتوجه على الإشكال الثاني: أن الرواية قضية إيجابية، لا وجه لأن تحمل على السلب ونفي الحجر.

وبعبارة أخرى: يستفاد من الرواية أن إضافة المال الى المالك مقتضية لأن يكون زمامه بيده، وعدم الحجر إنما هو بعدم الموانع

عن تأثير المقتضى من كون المال مرهوناً أو كون المتعامل صَغيراً أو مجنوناً أو مفلَساً، أو كون المعاملة غررية، إلى غير ذلك، ولا معنى لأن يستند عدم المانع الى ثبوت المقتضى، فلا يصح حمل الرواية على نفي الحجر.

ويتوجه على الإشكال الثالث: أن الموضوع إنما يلزم ثبوته في ظرف المحمول المرتّب عليه، وفيما نحن فيه كان المحمول هو السلطنة، وموضوعها متحقق في ظرفها بماله من الإضافة الى المالك، وإنما تسقط الاضافة في الآن المتأخر، أعني في آن التمليك.

وبعبارة أخرى: إن المالك له التسلط على ماله، وارتفاع الموضوع انما هو في مرتبة تحقق أثره.

ويتوجه على الإشكال الرابع: أن إضافة المال الى المالك، وإن كان لها نحو اقتضاء وعليّة بالإضافة الى التسلط الشرعي، وكان التسلط شرطاً في تأثير التمليك شرعاً، وتأثيره كان رافعاً لتلك الاضافة، لكن كان هذا الارتفاع من لوازم ذلك التأثير، حيث كان الأثر - وهو ملكية الغير - متضاداً مع تلك الاضافة، فليس ارتفاعها مستنداً إلى نفسها.

وبعبارة أخرى: العدم لا يتسبب عن شيء، ومثل ذلك غير عَزيز، فان المديون موضوع لوجوب الأداء، والوجوب يقتضي الاتيان بمتعلقه، وبامتثاله ترتفع صفة المديونية.

الاستدلال بالسيرة:

قوله: «وأما ثبوت السيرة واستمرارها على التوريث، فهي

كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة، وقلّة المبالاة في الدين»

أقول: هذا الكلام إنما يتمشى، لو كان المراد من السيرة سيرة المسلمين، أما بالإضافة الى سيرة العقلاء من كل دين ونحلة، المستمرة الى زمان المعصوم عليه السلام، فلا مسرح له، كما هو واضح.

قوله: «فالأولى حينئذٍ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً» أقول: بل الأولى ما قدّمناه من دلالة آية الحل على جميع التقادير، وكذا آية التجارة بل وكذا رواية التسلط.

الاستدلال بآية (أوفوا بالعقود):

ثم إنه يصح الاستدلال في المقام بآية (أوفوا بالعقود) فان العقد ـ على ما ذكره الراغب ـ هو (الجمع بين أطراف الشيء في الأجسام الصلبة، ويُستعار ذلك للمعاني، نحو عقد البيع والعهد ونحوهما) إلى أن قال: (والعُقدة: اسم لما يعقد من نكاح أو يمين أو غيرهما)، والظاهر من الاستعمالات أن العقد هو الشدّ والربط الأكيد، ولذا فسّر قولهم: عقد البيع، أي أحكمه. ولا يختص ذلك باللفظ، فانه يقال: عقد الإنذار وعقد الخيط والحبل، ومنه عقد القلب على شيء. فالبيع عقد بلحاظ أن البايع يعقد ملكية متاعه بالاضافة الى المشتري، أو بلحاظ الجمع بين تمليكيهما، والكاشف عن ذلك كما يكون دلالة اللفظ، كذلك دلالة التعاطى ويسمّى عقد البيع عهداً، مع ان العهد هو الجعل والتقرير، لأجل أن التمليك نحو من ذلك.

ثم إن الوفاء ضد التخلف، ويكون ترتيب المقتضى على

مقتضيه وفاءً، وتفكيكه عنه خلفاً.

والوفاء وإن ناسب العهد والنذر ونحوهما، لكن ينسب الى البيع بلحاظ تضمنه جهة العهد. ومقتضى الأمر بالوفاء بالعقود وجوب ترتيب الأثر على عقد البيع، ومنه التعاطي بقصد التمليك، وذلك يدل بالالتزام على حصول الملكية، فليتدبر جيداً.

هل يشترط الإيجاب والقبول اللفظيان؟

ربما يستدل على اشتراط الايجاب والقبول اللفظين بأمور، منها:

١ ــ الإجماع

وفيه: أولا: أنه غير ثابت، وثانياً: أنه منقول، وثالثاً: مستنده معلوم.

٢ ــ ما ورد في بعض الروايات أن المعصوم عليه السلام أمر بأنه: قل: أشتري منك هذا بكذا، وكذا.

وفيه: ان الرواية في مقام الإرشاد وبيان حكم آخر.

٣ــ ان بيع المنابذة والملامسة وبيع الحصاة منهيّ عنه، كما في (معاني الاخبار)[1] عن النبي (ص)، وذلك يدلّ على عدم جواز البيع بغير التلفظ بالايجاب والقبول، مضافاً الى أن النبذ هو الطرح، وذلك نحو من المعاطاة.

---

(١) الوسائل كتاب التجارة، باب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١٣

وفيه: ان ذلك من حيث الغرر كما ذكره (الصدوق) حيث قال: «المنابذة يقال: انها أن يقول لصاحبه: أنبذ إليَّ الثوب، أو غيره من المتاع، أو أنبذه اليك وقد وجب البيع بكذا. ويقال: انما هو أن يقول الرجل: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع. وهو معنى قوله: نهى عن بيع الحصاة.

والملامسة أن يقول: إذا لمست ثوبي، أو لمست ثوبك فقد وجب البيع بكذا. ويقال: بل هو أن يلمس المتاع من وراء الثوب، ولا ينظر اليه فيقع البيع على ذلك. وهذه بيوع كان أهل الجاهلية يتبايعونها، فنهى رسول الله (ص) عنها لأنها غرر كلها».

٤ ــ ما ورد من قوله (ع): «إنما يحُلّل الكلامُ ويحرّم الكلامُ»[٢].

وفيه: أنه سيأتي من المصنف (قده) التعرض له في ما يذكره بقوله: «بقي الكلام في الخبر الذي تمسّك به في باب المعاطاة، تارة على عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرف، وأخرى على عدم إفادتها اللزوم». وسنذكر إن شاء الله أن هذه الجملة ناظرة إلى أن المواعدة والمقاولة لا تؤثر في شيء، وإنما المحلّل والمحرم هو تنجيز البيع والشراء. وإلا فمن الواضح أن الموجب للحلية والحرمة في الأموال لا ينحصر في الكلام، فالهدية محلّلة، والغصَب محرم. وكذا في غير الأموال غَلَيان العصير محرِّم، وذهاب الثلثين محلِّل. الى غير ذلك.

---

(٢) الوسائل كتاب التجارة، باب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

إشكالات كاشف الغطاء ومناقشة الشيخ الانصاري لها:

الإشكال الأول وجوابه:

قال الشيخ الانصاري قدس سره: «منها: أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصود»

أقول: أي إن تبعية العقد للقصد قاعدة مسلمة. ومعنى التبعية: أن يكون التابع على حذو المتبوع، يوافقه ولا يباينه.

فلا بدّ من أن يؤثر العقد فيما قُصد (وإلا لم يكن تابعاً، وهو خلف) وكذا لابدّ من عدم تأثيره فيما لم يُقصَد (وإلّا لم يكن عقداً ، فان العقد يتضمن العهد، وذلك أيضاً خلف) ، وعلى ذلك فلا يمكن نفي إفادة المعاطاة للملك مع كونه مقصوداً، ولا المصير الى إفادتها الإباحة مع عدم كونها مقصودة.

وأجاب الشيخ الانصاري (قده) عن ذلك : بأن المعاطاة عند القائلين بالإباحة ليست شرعاً عقداً يكون سبباً للتمليك، إذ لا دليل على صحتها حتى تتمّ التبعية، وإنما هم يرون ذلك لأجل دليل مستقل، فهي موضوع يحكم في موردها بالاباحة، فلا يلزم الخلف أصلا.

أقول: ظهر مما ذكرناه أن الشيخ الانصاري لا يقول بأن المعاطاة تكون مؤثرة في الإباحة على حذو تأثير العقد، وأنه لا ضير في عدم تبعيتها للقصد، حتى يشكل عليه بأن التبعية تعمّ الأقوال والافعال.

وظهر أيضاً: أن ما يرومه العلّامة الخراساني (من تأويل القول

بالاباحة بأن الملكية المعاطاتية مشروطة بالتصرف أو التلف، كاشتراط بيع الصرف بالقبض، فعلى ذلك لا يلزم تخلّف العقد عن القصد) لا يمكن المساعدة عليه، وإن كان لطيفاً في نفسه، ضرورة عدم مساعدة كلام المشهور على ذلك.

ثم إن الشيخ (قده) أجاب ثانياً: بأن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير. وغرضه من ذلك سنخ هذا التخلف في المعاطاة، الذي لا يلزم منه محذور، بلحاظ أن ما يرتّب عليه ليس من باب تأثير العقد، بل من باب ترتب الحكم على موضوعه بدليل مستقل. وذكر لذلك موارد خمسة: ـ

١ ـ أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثر في الضمان بالقيمة، مع أنهما لم يقصدا إلا الضمان بالمسمّى.

وتحقيق الحال فيه: أن الضمان بالقيمة بحسب الحقيقة لم يؤثر العقد الفاسد فيه، وإلا لزم تأثيره فيه قبل تسليم العوضين، كما كان العقد الصحيح يؤثر في ضمان البدل المسمى قبل ذلك، فالموجب للضمان بالقيمة إنما هو التسليم المبتني على العقد، حيث إنه ليس إقباضاً مجانياً، بل هو لأجل عقد المعاوضة، وإقدامهما على الضمان، فلمّا لم يؤثر شرعاً، فمن تسلّم أحد العوضين، عليه أن يرجعه إلى صاحبه، ولو تلف عنده، عليه أن يؤدي قيمته أو مثله، ولا وجه لأن يؤدي القيمة المسمّاة لأنها إنما تُضمن في العقد الصحيح.

٢ ـ «أن الشرط الفاسد لم تُقصد المعاملة إلا مقرونة به...».

وتحقيق الحال فيه: أن مضمون العقد ـ وهو التمليك مثلاً ـ لا معنى لتقييده بالشرط، وإلا لزم عدم حصول الملك قبل حصول الشرط، فمضون العقد ثابت متحقق بنفس العقد، وإنما الشرط إلتزام في ضمن الجعل والقرار المعاملي، وإنما المشترط أناط التزامه بالعقد بذلك الشرط، فليس له حلّه إذا كان سائغاً وعمل به صاحبه. وبالجملة، فساد الشرط لاوجه لكونه موجباً لفساد مضمون العقد.

٣ ـ قوله: «وبيع ما يُملَك وما لا يُملَك صحيح عند الكل».

أقول: أي إن المقصود هو المجموع، وانعقاده في البعض غير المقصود. فإن الجزء يغاير الكل. وبعبارة أخرى: هنا بيع واحد لا بيعان، والمقصود هو المجموع ولم يقع، والصحة بالنسبة إلى البعض توجب وقوع ما لم يقصد.

والتحقيق: أن أجزاء الصفقة بعضها يغاير البعض، لا أنه عينه، فالملكية المضافة إليها لا يعقل أن تكون عين ملكية الغير أو كلا المملوكين ملكاً واحداً. فليس هناك بيوع متعددة إنحلالاً إلا بالنظر إلى أن الملكية إذا كانت متعددة، فإيجادها ـ بملاك وحدة الوجود والإيجاد ـ لا محالة يتعدّد، فالتمليك لبّاً متعدد.

وإن شئت قلت: إن تمليك البايع إنما يؤثر في مورد قابل، وما لا يُملَك غير قابل لأن يُملَك، ولم تكن ملكية ما يُملَك مقيّدة بملكية ما لا يُملَك، غاية الأمر كان الاجتماع شرطاً ضمنياً من المشتري، وتخلفه يوجب خياره.

والحاصل: أن ملكية البعض كانت مقصودة ولو ضمناً، فالعقد لم يتخلف عن القصد.

٤ ـ قوله: «وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك، مع اجازته على قول كثير».

أقول: تحقيق الكلام أن هذا أحد الأقوال، وهناك قولان آخران: (الفساد) إمّا لأنه لا إنشاء، أو لأن الاجازة إنما تؤثر إذا كان فضولياً من ناحيته لا من ناحية غيره، (ووقوعه للغاصب باجازة المالك)، وعلى هذين فإما أن لا يؤثر، أو لا يتخلف العقد عن القصد، كما هو واضح. وأما على القول المذكور في المتن فلم يتخلّف أيضاً، لأن الغاصب إذا أنشأ التمليك، وكان قاصداً له حقيقة، فهو يبيعه عن المالك، ويبتني على أنه هو المالك. وهذا البناء إدّعاء وغلط. فالبيع عن المالك ينشأ وبالإجازة يثبت.

٥ ـ قوله: «وترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً».

أقول: النكاح حقيقة واحدة، وبعدم ذكر الأجل يقع الطبيعي وهو الدوام، إذا ليس الدوام قيداً. فالنكاح مقصود، والأجل مقصود آخر لم يقع. فما وقع قُصِد، وما لم يقع لم يُذكَر ما يدل على قصده.

الإشكال الثاني وجوابه:

قوله: «ومنها أن يكون إرادة التصرف من المملّكات، فتملك العين أو المنفعة بارادة التصرف فيهما، أو معه دفعه، وإن لم

يخطر ببال المالك الأول الإذن في شيء من التصرفات، لأنه قاصد للنقل من حين الدفع، وأنه لا سلطان له بعد ذلك، بخلاف من قال: أعتِقْ عبدك عني، وتصدّقْ بمالي عنك».

وأجاب الشيخ عنه بقوله: «وأما ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملّكاً، فلا بأس بإلتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل، ودليل جواز التصرف المطلق، وأدلة توقف بعض التصرفات على الملك، فيكون كتصرّف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطي والبيع وشبههما».

أقول: لم يذكر بعض الأساطين التلف، مع أنه أيضاً كالتصرف في الإشكال، حيث إنه بناء على إفادة المعاطاة للإباحة، فالتلف إن لم يكن مضمّناً، لزم جواز استرجاع ما أعطاه، وإن كان مضمّناً فبالمثل والقيمة، لا المسمّىٰ.

وحلّه: بأن التلف سواء كان قهراً أو عمداً، حيث لا يمكن المصير إلى كونه مملّكاً (لأنه يلزم أن يكون أمر واحد محدثاً للملكية ومُعدِماً لها بإعدام موضوعها) فلا بدّ من إلتزام تقدّم الملكية، إمّا بلا سبب في التلف القهري، أو مسبّباً عن الإرادة في الإتلاف العمدي.

وأما التصرف المتوقف على الملك، فترديد بعض الأساطين بين الإرادة والمعّية، بلحاظ أن بعضاً منها يمكن فيه المعية، كوطي الأمة المشتراة بالمعاطاة، فإن مقتضى قوله عليه السلام: «لاوطى إلا في ملك» هو حرمة الوطي في ملك الغير، فتكفي

معيّة الوطي والملك.

وبعضاً منها كالبيع والعتق والوقف الوارد فيها: «لا بيع إلا في ملك» و «لا عتاق إلا بعد ملك» أو «لا عتق لمن لا يملك» و «لا وقف إلا في ملك» لا يمكن المصير إلى المعيّة، حيث يلزم محذور سببية شيء للضدين في البيع، وللمتناقضين في العتق، فلا بد من كون الإرادة سبباً للملك.

وإشكال بعض الأساطين هو: أنه بناء على الإباحة، فالمال باقٍ على ملك مالكه، ولا وجه لأن يكون شيء سبباً للخروج عن ملكه بدون إذنه. فارادة الغير بدون إذن المالك كيف تكون سبباً للملكية؟ والسر في عدم إذنه أنه قاصد للنقل من حين المعاطاة، وأنه قد خرج عن ملكه بحيث لا موضوع لأذنه.

ثم دفعَ الدخل بقوله: بخلاف (أعتق عبدك عني) أو (تصدّقْ بمالي عنك) حيث إنه بأمره بالعتق يأذن له في أن يملكه ثم يعتق عنه، وبأمره بالتصدق يأذن له في التملك ثم تصدقه عن نفسه.

وهذا الدفع للدخل يبتني على مالكية المعتق عنه والمتصدق عنه، أما لو قلنا بعدم لزومه، كما في العتق عن الميت، والصدقة عنه فلا محذور.

ثم إن جواب الشيخ ناظر إلى انحلال كلام بعض الأساطين إلى محذورين: أحدهما أنه تحصل الملكية بالتصرف، أو بإرادته بدون إذن المالك، مع أن مفاد (الناس مسلّطون على أموالهم) عدم نفوذ تملّك الغير بدون إذن المالك.

ثانيهما: أن ذلك تأسيس قاعدة جديدة، لا نظير لها.

أما المحذور الأول فجوابه: أنه يؤخذ بالدليل عليه، وإن لزم منه تخصيص عموم (الناس مسلّطون..) والدليل عبارة عن الجمع بين أمور ثلاثة: -

أحدها: إن المعاطاة لا دليل على كونها مملّكة، والأصل لعدم.

ثانيها: قيام الدليل على جواز التصرف المطلق حتى المملّك.

ثالثها: دليل توقف التصرف انمملّك على الملك، فذلك دليل على خروجه عن ملك صاحبه، وحصول الملكية له بالتصرف أو بإرادته، وإن لم يأذن المالك.

وأما المحذور الثاني: فإن تصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنه، وصار ملكاً للغير، يوجب خروجه عن ملك من عليه الخيار والمتّهب، وصيرورته ملكاً له بدون إذن المالك.

أقول: أولاً كان للشيخ أن يقول بتخصيص ما دلّ على توقف التصرفات على الملك، بأنه لا بدّ من الملك إلا في المأخوذ بالمعاطاة، من دون حاجة إلى الإلتزام بالملكية بالتصرف أو إرادته.

وثانياً: إن تصرف ذي الخيار والواهب، هو إزالة سبب ملك الغير، لا التملّك بالتصرف.

الإشكال الثالث وجوابه:

قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «ومنها: أن الأخماس،

والزكوات، والاستطاعة، والديون، والنفقات، وحق المقاسمة، والشفعة، و المواريث، والربا، والوصايا، تتعلّق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه، أو عدم العلم به ـ فينفى بالأصل ـ فتكون متعلقة بغير الأملاك، وأن صفة الغني والفقر تترتب عليه كذلك، فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك»[1].

وقبل المناقشة لابأس بشرح مراده، فنقول: ١ ـ المأخوذ بالمعاطاة، مع بقائه وقبل تصرف الطرف الآخر فيما صار عنده، ليس للآخذ، ومع ذلك فإذا زاد عن مؤونة السنة يتعلق به الخمس، مع أنه لا يملكه.

٢ ـ وكذا إذا أخذ النخل والكرم بالمعاطاة، وانعقد التمر والزبيب لديه، أو أخذ الأنعام الثلاثة والنقدين بالمعاطاة، وحال الحول مع بقاء ما بيد صاحبه، تتعلق به الزكاة، مع أنه غير مملوك. بل، وكذا إذا أخذ بذر الحنطة والشعير، وحرثه، وبلغ الحاصل النصاب، تتعلق به الزكاة، مع أنه ملك الغير.

٣ ـ إذا كان الزاد والراحلة مأخوذين بالمعاطاة، يلزم حصول الاستطاعة، مع أنه لا يملكهما.

٤ ـ والديون:

أ ـ إمّا بلحاظ أنه بمال الغير يؤدي دينه.

---

(١) لو اعتبرنا الأخماس والزكورات نوعاً واحداً، والغنى والفقر كذلك، كان المجموع عشرة، وإلا فهي اثنا عشر.

ب ـ وإمّا بلحاظ أنه إذا أخذ بالتعاطي نسيئة يصير مديوناً، مع أن ما لم يتصرف تصرفاً ملكياً ولم يتلف هو مديون، فيلزم تعلق الدين في قبال المباح.

جـ ـ وإمّا بلحاظ أن دين الميت يتعلق بتركته المأخوذه بالمعاطاة، مع أنها ملك الغير.

د ـ وإمّا بلحاظ أن الغرماء يقتسمون دين المفلَّس ويأخذونه عما بيده، مع أنه ليس له.

٥ ـ والنفقات: فإن واجبي النفقة يطالبونها عن ما بيد المنفق، مع أنه لا يملكه.

٦ ـ حق المقاسمة: إذا اشترى جزءاً من المشاع بالتعاطي، فله حق مطالبة القسمة، مع أنه لا يملكه، والحق يختص بالمالكين.

٧ ـ حق الشفعة: إذا باع بالتعاطي أحد الشريكين ماله: فلشريكه حق الشفعة، مع أن المال باقٍ على ملك شريكه. وكذا لو كان قد أخذ مشاعاً بالتعاطي وباع شريكه، فله حق الشفعة، مع أنه ليس بمالك.

٨ ـ والمواريث: فإن الورثة يرثون تركة الميت المأخوذة له بالتعاطي، فيرثون ما لا يملك.

٩ ـ والربا: لو باع بالتعاطي شيئاً من المكيل والموزون بما يجانسه بالتفاضل، فإنه رباً، مع أن الربا لا مجرى له في

المباحات، فإنه لا ضير في أن يبيح الشخصان مالهما لصاحبهما مع التفاضل.

١٠ ـ والوصايا: فإن من أوصى بإعطاء الأشياء التي كانت عنده ـ إمّا بالبيع المعاطاتي أو بالهبة المعاطاتية ـ لأشخاص، أو يصرفها في أعمال وعبادات، كان نافذاً، وتعلّقت الوصايا بها، مع أنها غير مملوكه له، وإنما هي مباحة له مادام ما دفعه إلى صاحبه كان باقياً.

١١ و ١٢ ـ وكذا الغنى والفقر: فإن من أخذ بنحو التعاطي مالاً، وارتفعت قيمته بحيث يفي بمؤونة سنته فهو غني، وكذا لو وُهب له، مع أنه غير مالك، وارتفاع القيمة في مال غيره.

وأيضاً لو أعطى ما كان يملكه بالمعاطاة بنحو الهبة أو غيرها، فهو فقير، مع أنه لم يخرج ما أعطاه عن ملكه.

وقد أجاب الشيخ الأنصاري (قده) عن هذا الإشكال بقوله: «وأمّا ما ذكره من تعلّق الأخماس والزكوات إلى آخر ما ذكره، فهو استبعاد محض، ودفعها بمخالفتها للسيرة رجوع إليها، مع أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحج، وتحقق الغنىٰ المانع عن استحقاق الزكاة لا يتوقفان على الملك».

أقول: يحتمل في عبارة الشيخ (قده) أحد أمور[1] : ـ

---

(١) لا يخفي قصور عبارة الشيخ الأنصاري (قده) عن تأدية المراد، ولذلك حلّل سيدنا الجد (قده) الاحتمالات في العبارة.

أ ـ إن دفع المذكورات عن تعلقها بغير الملك، بمخالفتها ـ ما هي ثابتة في غير الملك ـ للسيرة، على ثبوتها في الملك رجوع إليها، وقبول لها، مع أن الكلام إنما هو مع عدم قبلول السيرة في افادة المعاطاة للملكية.

ب ـ إن دفع المذكورات عن المأخوذ بالمعاطاة، والقول بعدم تعلقها بسبب مخالفتها للسيرة في تعلقها بالأملاك، رجوع إلى السيرة واعتماد عليها، وعلى ذلك فيؤخذ بالسيرة في المعاطاة، إذ السيرة متبّعة في كل مورد.

جـ ـ دفع محوضة الاستبعاد، أي أن القول بأن ذلك غير صحيح، لأن تعلق هذه بغير الملك مخالف للسيرة ـ فإنها قائمة على تعلقها بالملك ـ رجوع إلى السيرة واعتماد عليها، وعلى ذلك فالمعاطاة لا مجال للقول بأنها تفيد الإباحة.

قال السيد الطباطبائي قدس سره: «والظاهر أن مراده: أن الحكم بعدم تعلّق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة استبعاد محض، فلنا أن نلتزم بعدم التعلق، ولابأس به. ودعوى أنه مخالف للسيرة ـ حيث إنها جارية على التعلق ـ مدفوعة بأنه على هذا، تكون السيرة دليلاً على التعلق، وإن كان مخالفاً للقاعدة لأنها دليل تخصيصها، ولابأس بالالتزام به»[1].

أقول: أي لا غرابة ولا قاعدة جديدة.

وأشكل الشيخ الأستاذ بأن كاشف الغطاء لم يستبعد عدم

---

(١) تعليقة السيد محمد كاظم اليزدي على المكاسب ج ١ ص ١٥٥.

التعلق، بل استبعد تعلقها مع عدم الملك، حيث قال: (فيصير ما ليس من الاملاك بحكم الأملاك).

وفسرّ شيخنا الأستاذ (قدس سره) عبارة الشيخ الأنصاري بقوله: «إن تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة، مع عدم كونه ملكاً، بل مباحاً، وكون حال هذا المباح الخاص حال الأملاك، لا مانع منه إلا مجرد الاستبعاد، إذ المفروض جواز جميع التصرفات حتى الموقوفة على الملك، وتعلّق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة. ودفع هذا الإلتزام بمخالفته للسيرة ـ حيث إن بناء المتشرعة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، بحيث لو سئلوا عن وجه تعلق المذكورات به، لأجابوا بأنه كسائر الأملاك التي تتعلق بها المذكورات ـ رجوع إلى الاستدلال بالسيرة على الملك، والمفروض البناء على الإباحة، وإن تأسيس قواعد جديدة يقتضي القول بالملك، لا أن السيرة مقتضية له»[1].

مناقشتنا للأمثلة:

أما الخمس: فلا إشكال فيما كان بالغوص واستخراج الكنز والمعدن، وإنما هو في المكسب إذا كان بالتعاطي مع زيادته على المؤونة، وفي الأرض التي اشتراها الذمي من المسلم، فنقول: الإشكال من حيث تعلق الخمس بما لا يملك وارد، لكن الخمس لا يسقط، فإنه يتعلق بماله الذي في يد صاحبه، وكذا في الأرض المشتراة يتعلق الخمس بعد تصرف البايع في الثمن المأخوذ من

(١) حاشية الشيخ محمد حسين الاصفهاني على المكاسب ج ١ ص ٢٩.

الذمي.

وأما الزكاة: فهي متعلقة بالأنعام الثلاثة والنقدين، وفي ثمر النخل والكرم المأخوذين بالمعاطاة، غاية الأمر كان المخاطب بها المالك دون المتعاطي، وكان المدار على حول المالك دون المتعاطي، وكذا الحب المزروع المأخوذ بالمعاطاة. والحاصل: أن الآخذ بالمعاطاة غير مكلف، لكن ذلك لا يعني سقوط الزكاة، فيمكن القول بأن الآخذ يجوز له التصرف في ملك الغير بأداء ما على الغير من التكليف، فلم يكن غير الملك في حكم الملك، بل كان المالك متفاوتاً.

وأما الاستطاعة: فلا دليل على توقفها على الملك، بل على التمكن، وذلك صادق مع الإباحة، ويشهد عليه ثبوتها بالبذل.

وأما الدين: ففي القسم الأول لا محذور فيه، فإنه يجوز أن يؤدي الدين بمال الغير مع إذنه.

وأما القسم الثاني: فلا ضير في المصير إلى أنه في معرض أن يكون مديوناً، لاقتضاء العادة أن يتلفه ـ ولو بعضه ـ بالأكل والشرب، أو يبيعه وغير ذلك، فيحصل له الملك ويصير مديوناً.

وأما القسم الثالث: فالورثة وإن لم يرثوا ما خلّفه الميت مما أخذه بالتعاطي، لكنهم يرثون ما أعطاه الميت في قبال ما أخذه، ثم بتصرف الآخذ أو اتلافه، يملكون ذلك. ولنا أن نقول: أن الموت بمثابة التصرف والإتلاف، والدليل الدال على أنهما يوجبان الملك من السيرة ونحوها، دالّ على ذلك.

وأما الربا: فحرمته ثابتة، حيث إن الحرمة عبارة عن النهي عن التمليك بعوض مع التفاضـل ، ولا تثبت الإباحة، فإنها في البيع المعاطاتي الفاقد للصيغة، لا المقرونة بعـدم المقتضي أو بثبوت المانع من حيث الربوّية.

وأما الشفعة: فيمكن القول بأنها ثابتة للشريكين عرفاً، وإن لم يكونا مالكين، أي أن البيع العرفي والشركة العرفية كافيان في الأخذ بالشفعة، كذا قال العلامة الخراساني.

أو يقال: إن المتعاطي منزّل منزلة المالك، الذي لـه حق الشفعة.

الإشكال الرابع وجوابه:

قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «ومنها: كون التصرف من جانب مملّكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف».

أقول: ليس مجرد الغرابة، بـل الإستحالة، للزوم اجتماع الضدين في التصرف البيعي والنقيضين في العتقي.

وأجاب الشيخ عن هذا الإشكال بقوله: «وأما كون التصرّف مملّكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه» أي ذلك مقتضى الجمع بين الأصل، ودليل جـواز التصرف المطلق، وأدلة توقف بعض التصرفات على الملك، فيكون كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطي والعتق وشبههما.

أقول: هذا إنما يلائم الجواب عن استناد الملك إلى التصرف، وأما إشكال كون التصرف من جانب مملّكاً للجانب الآخر فلا يرتفع بذلك، فإن مفاده أن التصرف من جانب يوجب ملكية نفسه، فحينئذ لا يمكن المصير إلى بقاء الإباحة في الجانب الآخر، فإنه يلزم منه جواز أن يسترجعه ذلك المتصرف فيكون مالكاً لما في يده مجاناً، ولا يُصار إليه، فلا بد من أن يملك الجانب الآخر، وذلك ملكية بلا سبب.

نعم، على مسلك العلامة الخراساني لا يرد الإشكال، فإنه يرى إفادة المعاطاة للملكية مشروطاً بالتصرف ـ ولو من جانب ـ نظير إفادة بيع السلم للملكية بشرط قبض البايع للثمن، وحينئذ إذا ملك أحدهما فلا بد من أن يملك الآخر، لمكان أن التملك إنما هو بالعوض. ويمكن أن يقال: إن اعتبار الشارع ملكية أحدهما بتصرفه فهو اعتبار ملكية بعوض يكون خارجاً عن ملكه وداخلاً في ملك صاحبه.

الإشكال الخامس وجوابه:

قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «ومنها[1] جعل التلف السماوي من جانب مملّكاً للجانب الآخر، والتلف من الجانبين معيّناً للمسمّى من الطرفين، ولا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت»

---

(١) تقريب الإشكال من جهتين: إحداهما أن مملّكية التلف إمّا قبله، أو مقارناً، أو بعده، والكل مستحيل. ثانيهما: أن يكون التلف سبباً لملكية الآخر.

ثم أجاب عن الإشكال بقوله: «وأما كون التلف مملّكاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيرة ـ كما هو الظاهر ـ كان كل من المالين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضموناً بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البايع، لأن هذا مقتضى الجمع بين هذا الإجماع، وبين عموم (على اليد ما أخذت) وبين أصالة عدم الملك إلا في الزمان المتيقن وقوعه فيه.

توضيحه[1]: إن الإجماع لما دلّ على عدم ضمانه بمثله أو قيمته، حكم بكون التلف من مال ذي اليد، رعاية لعموم (على اليد ما أخذت) فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة في أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه، فإذا قدّر التلف من مال ذي اليد فلا بدّ من أن يقدّر في آخر أزمنة إمكان تقديره، رعاية لأصالة عدم حدوث الملكية قبله، كما تقدّر ملكية المبيع للبايع وفسخ البيع من حين التلف استصحاباً لأثر العقد».

أقول: ويدور الأمر في ذلك بين التخصيص والتخصّص، ويقدّم الثاني بمقتضى الظهور العمومي، فيقدّر الملك آناًما.

وبعبارة أخرى: إذا قال: أكرم العلماء، وقال: لا تكرم زيداً، ودار أمره بين العالم والجاهل، فإيجاب إكرام زيد العالم يلازم النهي عن إكرام زيد الجاهل، ويؤخذ به بمقتضى عموم: أكرم العلماء، لأصالة العموم. وهاهنا عموم (على اليد) يقتضي ضمان

---

(١) يقصد بذلك توضيح الجمع بين عموم (على اليد)، والإجماع على عدم المثل والقيمة، وأصالة عدم الملك بالتعاطي.

المثل والقيمة، والإجماع يقتضي ضمان المسمى، فيدور الأمر بين انتقال التالف إلى من وقع التلف عنده قبل التلف فيكون تخصّصاً، وبين بقائه على ملك المالك ويكون ضمان المسمى تخصيصاً فيقدم الأول.

وعلى هذا فيلازم كونه مالكاً لملكية الآخر ما عنده، لعدم إمكان الملكية المجانية (ويستصحب عدم الملك إلى الزمان المتيقن وهو آنٌ مّا).

قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «ومع حصوله في يد الغاصب، أو تلفه فيها، فالقول بأنه المطالِب ـ لأنه تملّك بالغصب أو التلف في يد الغاصب ـ غريب، والقول بعدم الملك بعيد جداً، مع أن في التلف القهري إن مَلِكَ التالف قبل التلف فعجيب[1]، ومعه بعيد لعدم قابليته، وبعده ملك معدوم. ومع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض، ونفى الملك مخالف للسيرة وبناء المتعاطيين».

ثم أجاب الشيخ عن هذا الأشكال بقوله: «وأما ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة، فالظاهر ـ على القول بالاباحة ـ أن لكلٍ منهما المطالبة ما دام باقياً، وإذا تلف فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف، تلفه من مال المغصوب منه نعم لو قام إجماع كان تلفه من مال المالك، لو لم يتلف عوضه قبله».

توضيح ذلك: أنه إن كان باقياً في يد الغاصب، فلكل منهما

---

(١) أي عجيب أن يؤثر المتأخر في سابقه.

المطالبة، هذا لمالكيته، وذاك لأنه المباح له، فله السلطنة على الانتزاع من يد الغاصب، وإن كان تالفاً فإطلاق مملكيّة التلف في كلامهم (أي التلف في يد أيّ شخصٍ كان) موجب لملكية المغصوب منه، فلا غرابة زائدة على مملكية التلف.

ثم إننا نختار ما ذكره من الملك قبل التلف، ونقول: ليس السبب هو التلف حتى يلزم تأخر العلة، بل التلف كاشف عن الملكية آناً ما، نظير التلف قبل القبض.

تقوية القول باللزوم:

قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «فالقول الثاني لا يخلو عن قوة».

أقول: بل هو الأقوى، إذ الأصل لا يقاوم العموم، والسيرة والشهرة لا حجية لهما من أصلهما.

قوله: «أو بشرط كون الدالّ على التراضي لفظاً».

أقول: تقريب ذلك أن مقتضى عموم آية الحل ونحوها، هو الصحة واللزوم، لكن قد ادّعي الاجماع على اعتبار الايجاب والقبول، والمتيقن منه عدم صحة المعاطاة المجردة عن اللفظ بالكلية، فيبقى ما كان فيه الدال على التراضي لفظاً تحت ذلك العموم.

لكن يشكل عليه: أن الاجماع المدّعىٰ لو اعتمد عليه، كان مفاده انحصار الأمر في خصوص الايجاب والقبول، وعليه فلا

يكفي مجرد الاشتمال على اللفظ الدال على التراضي.

قوله: «فلا ينفع الاستصحاب».

أقول: لعدم تمامية كلا ركنيه، لو كان الثابت هو الملك المتزلزل، نظراً الى الشك في حدوثه، والقطع بارتفاعه على تقدير حدوثه، وعدم تمامية أحد ركنيه (وهو اليقين بالحدوث) لو كان الثابت هو الملك المستقر.

قوله: «بل ربما يزاد استصحاب بقاء علقة المالك الأول».

أقول: فيكون الحاصل أصالة الجواز؛ فإن معنى بقاء علقة المالك الأول تأثير رجوعه في زوال ملك صاحبه. ثم إن هذا الاستصحاب لو تمّ لم تقع الحاجة إلى إبطال أصالة اللزوم، بل لو كانت صحيحة تقدّم هذا الاستصحاب عليها من حيث الحكومة.

ثم أقول: لم يُجب المصنف (قده) عن ذلك، لوضوح عدم تماميته، فإن علقة المالك الأول، انما كانت عبارة عن الملكية وما يتبعها من السلطنة على التصرف، وبعد المصير الى صحة المعاطاة تكون الملكية وتوابعها زائلة لا محالة.

ولا مجال لتوهم كون الملكية ذات مراتب، حتى يقال باحتمال بقاء مرتبة ضعيفة منها للمالك الأول، فيُستصحب ويُتعبَّد بتأثيرها في السلطنة على الرجوع، ضرورة أنها أمر اعتباري، ولا مسرح لتعدّد المرتبة في مثله.

قوله: «كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب، فتأمل».

أقول: نظراً الى أنه من القسم الثاني من استصحاب الكلى

المذكور في الأصول، وما أمر به من التأمل:ـ

١ ـ ربما يقال:[١] إنه بملاحظة كون المورد من الشك في المقتضى، بتقريب: أن الملكية الحاصلة للآخذ بالتعاطى في كونها مغيّاة شرعاً برجوع المالك الأول، والشك في الغاية بالشبهة الحكمية شك في المقتضى.

وفيه : أن الظاهر أن الملكية التي يعتبرها الشارع في أي مورد، هي من الأمور التي متى ثبتت استمرت، إلا أن يرفعها رافع. وفيما نحن فيه يشك في أن رجوع المالك الأول يزيلها عن الآخذ أم لا؟

اللهم إلا أن يقال: إن هذا الشك إنما هو لأجل دوران الأمر، وعنوان الملكية الحادثة بالمعاطاة هل هي بحيث يزيلها الرجوع أم لا؟ ومآل ذلك الى الشك في المقتضى. لكن يتوجه عليه بأن الملكية من الأمور التي تقبل الانتقال الاختياري أو القهري، والشك في المقام قد تعلق بأن رجوع المالك الأول هل أوجب انتقال الملك إليه أم لا ؟ فيستصحب عدمه.

٢ ـ وربما يقال: إنه بملاحظة أن الشك في بقاء الملكية وعدم تأثير الرجوع، مسبب عن الشك في حدوث الملكية اللازمة، وحيث أن الأصل عدمه فهو حاكم على استصحابها.

وفيه : أولاً ـ إن الشك إنما هو في أن الملكية الحاصلة من

---

(١) هذا القول للعلاّمة المحقق الآخوند (قدس سره).

أي القسمين [١]، ولا حالة سابقة لعدم لزومها.

وثانياً : ليس التسبب شرعياً، وإنما هو بالملازمة العقلية، فالأصل حينئذ مثبت.

٣ ـ وربما يقال[٢]: إنـه بملاحـظة أن استصحاب القـدر المشترك إنما يجري فيما يكون له أثر في حد نفسه، مع قطع النظر عن أثر الفرد، بخلاف ما نحن فيه فإن استصحاب الملكية بعد رجوع المالك الأول عبارة أخرى عن التعبـد بلزوم الملك الحادث واستمرار بقائه.

وفيه : أولاً ـ إن استصحابها عبارة عن التعبد بها في الزمان الثاني، وذلك يوافق بنحو المقارنة لعدم تأثير رجوع المالك الأول، ولكون الملكية الحادثة هي اللازمة لا أنه هو هو، أو عبارة أخرى عنه.

وثانياً : إنه يكفي ترتيب أثر جواز تصرف الآخذ فيما انتقل اليه .

قوله : «بأن انقسام الملك الى المتـزلزل والمستقـر، ليس باعتبار اختلاف في حقيقته».

أي أن الانقسام كذلك، ليس على الحقيقة، لأنه ليس من اختلاف الماهية نوعياً أو صنفياً، وإنما هو انقسـام بالعَرَض بلحاظ اختلاف الحكم شرعاً. ومن الواضح أن هذا الاختلاف لا يعقل أن يكون داخلاً في ذات الموضوع، لتقدّمه عليه رتبةً، مضافاً إلى أن

---

(١) وليس الشك في تحقق الملك اللازم في حد نفسه.

(٢) هذا القول للعلاّمة النائني (قدس سره).

الحكم الشرعي أمر مجعول للشارع، فيستحيل أن يكون من مقوّمات ماهية الموضوع.

وأيضاً يحدث اللزوم بعد الجواز في مثل خيار المجلس، وخيار الحيوان، وغيرهما. وكذا يحدث الجواز بعد اللزوم كما إذا تأخر ظهور الغبن أو العيب، أو تعيب المبيع قبل القبض، إلى غير ذلك. ولو كان الجواز واللزوم داخلين في ماهية الملكية، لزم تبدل الحقيقة، والضرورة قاضية بخلافه. والحاصل أن المستصحب في مورد الشك في الجواز واللزوم، هو شخص الملكية الحادثة دون القدر المشترك.

قوله: «ويدل عليه، مع أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك...»

استدلّ (قده) بثلاثة أمور لمدّعاه المذكور. وما ذكره بقوله (مع أنه يكفي..) ينبغي أن يكون الغرض منه بيان عدم الحاجة الى الاستدلال، كما هو واضح:

ثم إنه (قده) لو لم يأمر بالتأمل في استصحاب القدر المشترك لاستقام ما ذكره من كفاية هذا الشك، فإنه يشك وجداناً في بقاء الملكية بعد الرجوع، فتستصحب من غير حاجة إلى تشخيص كونه استصحاباً للكلي أو الفرد، لكن مقتضى الأمر بالتأمل عدم تمامية ذلك الاستصحاب، فكيف يمكن الرجوع اليه؟

نعم، لو كان تخصيص عموم النهي عن النقض بالشك في الرافع لبيّاً أمكن التمسك به في الشبهة المصداقية (أي مع الشك

في كون اللزوم والجواز من خصوصيات الملك أو من أحكام سببه) لكن الأمر ليس كذلك، فإن القائل بعدم جريان الاستصحاب في مورد الشك في المقتضي يرى عدم صدق النقض معه، وعليه فإذا شكَّ في أن اللزوم والجواز من أي القسمين، لكان صدق النقض على رفع اليد عن الحالة السابقة مشكوكاً فيه، فلا يبقى مجال للاستصحاب.

هذا بناء على أن الأمر بالتأمل للاشارة إلى أنه من قبيل الشك في المقتضي، وأما إن كان إشارة إلى أن استصحاب القدر المشترك يساوق التعبد بأحد الفردين ـ فإن بقاءه بعد الرجوع عبارة أخرى عن الملك اللازم ـ أمكن المصير إلى كفاية الشك في أن اللزوم والجواز، من خصوصيات الملك أو سببه، بلحاظ أن المهم هو اليقين بالحدوث والشك في الزوال، وذلك حاصل، وإنما يمنع عن إجراء الاستصحاب ما إذا أحرز كون المستصحب هو القدر المشترك لما تقدم، ومع الشك فيه لا بأس بإجرائه، فإنه شك في المانع وإن شئت قلت: إنه بمثابة التخصيص اللبّي فيؤخذ بعموم (لا تنقض) مع الشك في مصداق المخصص اللبي، فليتدبر.

قوله : «ومع أن المحسوس بالوجدان أن إنشاء الملك في الهبة اللازمة وغيرها على نهج واحد».

هذا إنما ينفع في الاستدلال على أن اللزوم والجواز ليسا بجعل المالك، دون أن يكونا من خصوصيات الملك بجعل الشارع.

قوله : «التفصيل بين أقسام الملك المختلفة، بحسب قصد الرجوع، وقصد عدمه، أو عدم قصده».

إنما جعل منشأ الاختلاف: قصد الرجوع، وعدمه، وعدم القصد، مع أن الخصوصية المبحوث عنها هو الجواز واللزوم، لأجل أن ما يتمشى من المالك في جعله ما به الاختلاف ليس إلا هذا النحو من القصد.

قوله : «إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع وعدمه».

بداهة أن لزوم الهبة مثلاً فيما كانت لذي رحم ثابت، وإن قصد الواهب الجواز ورجوعه فيما وهب، وكذا جوازها فيما كانت للأجنبي بلا عوض ثابت، وإن قصد الواهب اللزوم، وعدم الرجوع، وأيضاً مع عدم القصد من الواهب بالنسبة الى الرجوع وعدمه لا يتفاوت حكم الهبة.

والحاصل: أن اللزوم والجواز إن كانا بجعل المالك، فمنشأهما قصده الرجوع وعدمه، إذ لا معنى لهما من ناحية المالك إلا ذلك، ودوران الأمر مدار قصده باطل بالضرورة، ولذا لو وهب هبتين إحداهما لذي رحم، والأخرى للأجنبي بلا عوض، كانت الأولى لازمة والثانية جائزة، وإن كان هو غافلاً عن اللزوم والجواز.

قوله : «لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشىء، وهو باطل».

والسرّ فيه : أن اعتبار الملكية للمتباينين ليس حكماً ابتدائياً

الموضوعه حتى يصح اختلافهما، بل هو من باب الإمضاء، فلا بدّ من أن يكون على طبق المُمضىٰ، والا لزم الخُلف، فلا يعقل أن يحكم الشارع بالملكية اللازمة مع قصد المالك الرجوع، وبالعكس.

قوله: «من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطيين».

عدم اعتبار الملكية، مع كونها مقصودة للمالك، عبارة عن عدم الإمضاء وجعله موضوعاً للاباحة استقلالاً، وأين ذلك من اعتبار الملكية على طبق قصد المتعاطيين بنحو الامضاء، وتخلفهما من حيث اللزوم والجواز، بناء على كونهما خصوصيتين في الملكية بحكم الشارع.

قوله: «فلا إشكال في أصالة اللزوم».

أي يجري هذا الأصل في الشبهة الحكمية والموضوعية، بنسق واحد، فإنه إذا لم يجر في الشبهة الموضوعية (مثل ما إذا شك في أن المعاملة بينهما كانت بيعاً أو هبة) ما ينفي عنوان أحدهما، فيشك في ارتفاع الملكية المتيقنة بعد الرجوع، فيستصحب بقاؤها.

وعلى هذا يكون مدعي الجواز مدعياً ومدعي اللزوم منكراً، إذ الأول يدّعي حق الترادّ وارتفاع ملكية صاحبه برجوعه، والثاني ينكره والأصل معه. إلا أن يقال: إن ميزان الترافع هو مصب الدعوى من دون نظر إلى ما يترتب عليها من الأثر، كان الترافع بينهما بالتداعي

المحكوم بالتحالف.

لكن لا مجال للمصير إلى ذلك، ضرورة أن الدعوى بلا أثر لا مساغ لترتيب الأثر عليها، ومع لحاظ الأثر لا يكونان متداعيين، بل أحدهما مدّعٍ والآخر منكر.

نعم، لو فرص لكل من العنوانين أثر خاص يغاير أثر الآخر بالكلية، فالأمر بينهما بنحو التداعي لا محِالة.

قوله : «ويدل على اللزوم مضافاً إلى ما ذكر: عموم قوله صلى الله عليه وآله: الناس مسلّطون على أموالهم».

أي يدل على ذلك في خصوص الشبهة الحكمية، كما فيما نحن فيه أعني مسألة المعاطاة، وأما في الشبهة الموضوعية فالتمسك بهذا العموم ليس إلا تمسكاً بالعام في الشبهة المصداقية.

ثم إن الاستدلال بهذه الرواية ليس بعمومها الأزماني والأحوالي (أي السلطنة على المال سواء قبل رجوع المالك الأول أو بعده) فإنه مع التمسك بأصالة عدم نفاذ رجوعه، واستصحاب بقاء ملك الآخذ، يرجع إلى ما تقدم، ولا يكون من الاستدلال بالرواية. ومع عدم التمسك بذلك يكون من باب الأخذ بالحكم مع عدم إحراز الموضوع، فإنه يشك في كونه مالاً مضافاً إلى صاحبه بإضافة الملكية.

بل الاستدلال بها بعمومها الاطلاقي بحسب جميع مراتب السلطنة، حيث إن العموم كذلك، يلازم عدم تأثير الرجوع،

ضرورة عدم اجتماعه مع سلطنة الغير على تملكه برجوعه.

لا يقال: إن السلطنة كذلك إنما هي في موضوع إضافة المال الى صاحبه، والرجوع يوجب تبدل الموضوع، فلا تزاحم بينهما، كما لا يتزاحم الحاكم والمحكوم، والوارد والمورود.

لاندفاعه: بأن تبدل الموضوع لو كان، فهو في رتبة متأخرة عن الرجوع، وأما في مرتبة الرجوع فاضافة المال الى صاحبه محفوظة، ودليل السلطنة يلازم عدم تأثير الرجوع.

قوله: «وبما ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله في الشرايع على لزوم القرض بعد القبض...».

أي استدل على لزوم القرض بأن المقترض يملك ما قبضه، فله السلطنة عليه، وليس للمقترض الرجوع فيه.

قوله: «ومنه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: لا يحلّ مال امرىء إلا عن طيب نفسه».

أقول: ما عثرنا عليه روايتان إحداهما: (لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه).

والأخرى: (لا يحلّ دم امرىء مسلم، ولا ماله إلا بطيبة نفسه).

قوله: «فلا يحلّ التصرف فيه، ولا تملكه إلا بطيب نفس المالك».

أقول: يشكل الجمع بينهما، فإن حرمة التصرف حكم

تكليفي، وحرمة التملك حكم وضعي، فلا بدّ من إرادة أحدهما. والظاهر أن يكون المراد هو الأول، كما ورد التصريح به في ما ورد عن الحجة عجلّ الله تعالى فرجه حيث قال: «لا يحلّ لأحدٍ أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه» فلا يدل على المطلوب.

اللّهم إلا أن يقال: إن التقدير خلاف الأصل، وأن ظاهر إسناد عدم الحل إلى نفس المال هو أخذه بنحو التملك، لكن حينئذ لا دليل على تعيّن كونه هو المراد، فيتردد بين الأمرين، ولا تبقى صحة الاستدلال في البين.

والحاصل : أن الحليّة وإن كان لمعناها اللغوي نحو من العموم بالإضافة الى التصرف والتملك، لكن حيث وقعت في حيّز الإنشاء ـ أي إنشاء نفيها ـ فإمّا أن يكون المراد هو النفي التكليفي أو الوضعي، لا هما معاً.

قوله : «ويمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: ﴿ولا تَأكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾.

ملخص الاستدلال: تارة بالمستثنى، بتقريب حصر جواز الأكل المراد به جوازه بنحو التملّك، في التجارة عن تراض، فلا يشمل الرجوع على ما بيّنه (قده). وأخرى: بالمستثنى منها، بتقريب أن أكل المال بنحو التملك من غير رضا مالكه أكل بالباطل، ولا يخلو ما ذكره (قده) من نظر، حيث إن ظاهر (لا تأكلوا أموالكم بينكم) هو المعاملة والمعاوضة، فالرجوع خارج عن موضوعه بالكلية، فلا يشمله منطوق النهي، ولا مفهوم الحصر.

فليتدبّر.

قوله : «والتوهم المتقدم السابق جارٍ هنا».

أقول: هكذا في النسخ المتداولة، والمعنى حينئذ: جريان التوهم مع دفعه، فإنه يتوهم أن حرمة أكل مال الغير إنما هي مع انحفاظ موضوعه، فلا يدل على عدم جواز الرجوع والفسخ، فإنهما يرفعان الموضوع.

ويندفع بأن الأكل عبارة عن الأعم من التصرف والتملك بأي سبب كان.

وقال شيخنا الأستاذ الأصفهاني قدس سره: إن في بعض النسخ المصححّة لبعض الأجلّة إن العبارة (غير جارٍ هيهنا).

أقول : الظاهر أنه كذلك، ويشهد عليه تعليل المصنف (قده) بقوله: «لأن حصر مجوز الأكل في التجارة. . .» فإن انحصار جواز الأكل بنحو التملك في التجارة عن تراض يدل على عدم جوازه بالرجوع والفسخ، فلا مجال لجريان التوهم.

هذا كله مع قطع النظر عما أشكلنا على الاستدلال آنفاً.

قوله : «مثل قوله عليه السلام: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا»[1].

أقول: وكان الأولى أن يستدل بما في ذيل بعض روايات خيار المجلس من قوله (ص): «فإذا افترقا فقد وجب البيع».

---

(١) الوسائل ـ باب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١.

والظاهر أن غرضه (قده) من الاستدلال بما ذكره، هو أنه يدل على اقتضاء البيع في حدّ نفسه للّزوم، وإنما الخيار محدود بعدم الافتراق. ويمكن أن يشكل عليه بأن التراد في المجلس في المعاطاة ليس من أجل حلّ العقد حتى يصدق عليه الخيار.

قوله : «وقد يستدلّ أيضاً بعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ بناءً على أن العقد مطلق العهد، كما في صحيحة عبدالله بن سنان».

أقول: وعن تفسير القمى عن الصادق عليه السلام: «أي بالعهود» وربما يشهد على ذلك إسناد الوفاء، فإنه يلائم العهد. وقد استعمل فيه كثيراً كما في قوله تعالى: «أَوْفُوا بِعَهْدِي أُوْفِ بِعَهْدِكُمْ»[1]، وقوله تعالى: ﴿وأَوْفُوا بِعَهْدِ اللهِ إِذَا عَاهَدْتُم﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿بَلَىٰ مَنْ أَوْفَىٰ بِعَهْدِهِ وَاتقَىٰ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿والمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾[4]، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَوْفَىٰ بِعَهْدِهِ مِنَ اللهِ﴾[5] إلى غير ذلك.

تحقيق الكلام في قوله: (إنّما يحلّل الكلامُ ويحرّم الكلامُ)

روى الشيخ الطوسي بسنده عن خالد بن النجيح[6] قال:

---

(١) سورة البقرة / ٤٠.

(٢) سورة النحل / ٩١.

(٣) سورة آل عمران / ٧٦.

(٤) سورة البقرة / ١٧٧.

(٥) سورة التوبة / ١١١.

(٦) كما عن العلّامة في (إيضاح الاشتباه)، على نقل المامقاني قده.

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني، ويقول: اشتر لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا[1]، فقال عليه السلام: أليس إن شاء أخذ،إن شاء ترك؟ قلت: بلى[2]، قال: لا بأس، إنما يحلل الكلام ويحرّم الكلام»[3].

وفي بعض الصحاح: عن يحيى بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل، قال لي: اشتر لي هذا الثوب أو هذه الدابة، وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا. قال: لا بأس بذلك إشترها ولا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها».

قوله: «إن هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوهاً».

أراد بقطع النظر أن يتسّع المجال لذكر الاحتمالات التي منها كون المراد هو اللفظ، وإلا فإن الصدر قرينة صريحة على أن المراد من الكلام هو الكلام المعاملي، لا مجرد القول والتلفظ. ولأجله سيأتي منه استظهاره لعدم إرادة المعنى الأول.

ثم إن الوجوه التي ذكرها أربعة:

---

(١) الظاهر أنه ليس توكيلاً في الشراء، وإلا قال: ولك كذا وكذا، أو آجرت عملك كذا وكذا، بل المراد: اشترِ بداعي أن تبيعه لي، مع الاسترباح بكذا وكذا.

(٢) كأنّ كلام الرجل يحتمل أمرين: أحدهما. أن يكون الأمر بالاشتراء كناية عن قبول البيع فعلاً، بحيث يكون ملزماً بأخذه، وعليه يكون ذلك شراء ما ليس عند البائع، وفيه البأس. ثانيهما: الأمر به بنحو السؤال والمقاولة، بحيث يكون له الاختيار في الأخذ والترك.

(٣) الوسائل - باب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

١ ـ حصر الحليّة والحرمة في اللفظ المتعدد الذي يدل أحدهما على الحرمة والآخر على الحلية وتكون الدلالة إمّا بالمطابقة، بأن يقول: حلّلت لك مالي أو حرّمته، أو بالالتزام بأن يقول: بعتك هذا أو فسخت بحق الخيار، ونحو ذلك.

٢ ـ حصر الحلية والحرمة في الكلام المتعدد بماله من المضمون المتعدد، أي بعض المضامين المؤدّاة بالكلام محرّم وبعضها محلّل، كما في الحديث: أن لا يقول الزارع لصاحبه: ثلث للبذر، وثلث للبقر، أي والباقي لك، فإنه يحرم الكلام، بل يقول: أنا أزرع هذه الأرض، ولك الثلث أو النصف بأن يشتركا في الزراعة، ويكون من أحدهما الأرض، ومن الآخر الزرع والبذر والبقر وغير ذلك من مقدمات زرعه.

وكما مثّل المصنف بأن التسليط على البُضع مدة معينة، تارة يكون بقولها: ملّكتك بُضعى، أو سلّطتك عليه، أو آجرتك فلا يحلّل، وأخرى تقول: متّعتك نفسي فيحلّل.

٣ ـ حصر الحليّة والحرمة في الكلام الواحد، إما باعتبار وجوده وعدمه، فيكون وجوده محلّلاً وعدمه محرّماً، أو بالعكس، أو باعتبار محلّه وغير محله، فيحلّ في محله، ويحرم في غير محله.

٤ ـ أن يراد من الكلام المحلّل خصوص المقاولة والمواعدة، ومن الكلام المحرّم إيجاب البيع وإيقاعه.

والظاهر أن المعنى الثالث يتضمن قسمين: أحدهما من حيث

الوجود والعدم، والآخر من حيث المحل وعدم المحل.

أما الأول فمثاله: أن الأذن يحلّل التصرف في مال، وعدمه يحرّم. أو عدم تسمية البذر والبقر في المزارعة يحلّل، وتسميتهما تحرّم.

وأما الثاني: فالعقد على الخلّية يحلّل، وعلى المعتدة يحرّم وهكذا.

وربما يراد في الثالث ـ في قسمه الأول ـ أن الكلام إذا استجمع الشرايط يحلِّل وإلا فلا يحلل، والحرمة حينئذ وإن كانت لأجل سببها، لكن حيث ارتفاع السبب بالكلام، فعدمه ينسب إليه التحريم.

وعن الفيض في (الوافي): أن الكلام ـ وهو ايجاب البيع ـ إنما يحلّل نفياً ويحرم إثباتاً في بيع ما ليس عنده.

ونعود فنلخّص المعاني الأربعة بما يأتي :ـ

١ ـ الكلام بماله من معنى التحليل والتحريم، أي كلامان.

٢ ـ الكلام بماله من المضمون، أي مضمونان وكلامان.

٣ ـ كلام واحد، والاختلاف تارة من حيث وجوده وعدمه، وأخرى من حيث وقوعه في محله.

٤ ـ سنخان من الكلام: أحدهما المقاولة، والآخر إيجاب البيع.

وهنا معنى خامس من العلامة الآخوند وصاحب الجواهر

حيث قال بعد كلام له: «وعليه يحمل قوله عليه السلام: (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) على معنى إرادة التحليل التابع للملك الذي من شخص إلى آخر، فيحل لكل واحد ما كان حراماً عليه، ويحرم على كل واحد منهما ما كان حلالاً له، لزوال ملك وحصول آخر». (الجواهر ٢٢ / ٢١٧).

وارتضاه شيخنا الأستاذ، وهو الكلام الواحد أي ايجاب البيع، والاختلاف بالاضافة الى البايع والمشتري فيما انتقل اليهما وعنهما.

مناقشة هذه الوجوه:

يتوجه على المعنى الأول ما ذكره الشيخ الأنصاري قدس سره، وهو أمران:

أحدهما: أن لا يكون جواباً عن السؤال، فإن حصر المحلل والمحرم في اللفظ أيّ ربط له بما يسأله من شراء ما لا يملكه البايع؟

مضافاً إلى أن الجملتين بمثابة التعليل، وعلة عدم جواز بيع ما ليس عنده وعدم جواز شرائه ليس هو انحصار المحلل والمحرم في اللفظ.

ثانيهما: تخصيص الأكثر، فإن الحليّة بالحيازة، وبالتذكية، وبالتعاطي عند الجميع، وبالهدية، وبالضيافة، والسفر محلّل لأفطار الصيام، والحضر محرِّم له، وذهاب الثلثين يحلّل العصير، والغليان يحرّمه الى غير ذلك.

ويتوجه على المعنى الثاني ما أشكل به الشيخ الأنصاري قدس سره: أنه ليس هناك مقصود واحد حتى إذا أنشىء بمضمون يحلِّل، وبمضمون آخر يحرم.

بل هو البيع قبل التملك والبيع بعده. نعم في المزارعة يتأتى ذلك، وبالجملة ليس هناك مضمونان يُنشآن، بل الانشاء للبيع وعدمه

نعم، يمكن التعبير مع عدم إرادة وحدة المقصود، أي إن كان قول الرجل: اشتر لي هذا بنحو يمنع عن اختياره في الأخذ والترك فهو محرّم، وإن كان بنحو لا يمنع عنه فهو محلل.

إلا أن يقال: إن ذلك مسامحة في إسناد الحليّة، فإنها ببقاء المال على ملك صاحبه لا بالكلام.

والشيخ الأنصاري يختار الثالث بقسمه الأول، أي من حيث الوجود والعدم، أي الكلام الموجب للالتزام بالبيع يحرّم وعدمه . حيث إنه مقاولة ـ يحلل. وهذا المعنى، وإن اختاره الفيض حيث قال: (الكلام هو ايجاب البيع إنما يحلل نفياً، ويحرم إثباتاً في بيع ما ليس عنده) لكن يشكل عليه بأنه إذا أسند محمول ثبوتي على الموضوع، فمعناه وجود الموضوع، إذ القضية الحقيقية ما أسند فيها الموضوع بلحاظ إضافة الوجود.

نعم هو صرف الوجود[1].

---

(١) والذي نراه ـ بمناسبة مورد السؤال وصدر الرواية ـ أن الكلام هو القول المشتمل على النسبة الحكمية بنحو البتّ والجزم، والحرمة والحلية وضعيتان، أي القول هكذا يفسد إن كان قبل الشراء، ويصح أن كان بعده، وحيث أنه مخير في الأخذ والترك، فيكشف عن عدم إقدامه على أمر فاسد، فلا بأس.

فالمسند اليه هو الكلام بالحمل الشايع، ولا معنى لإرادة العدم.

ولو اختار الشيخ القسم الثاني من الثالث كان أولى من هذا.

هذا مضافاً إلى المسامحة في الاسناد الى العدم، فإن عدم ثبوت المحرِّم ليس هو السبب للحلية، بل الحلية مستندة الى سبب نفسها، وكذا عدم ثبوت المحلِّل ليس سبباً للحرمة بل الحرمة مستندة إلى سبب نفسها.

ومن هنا ظهر أن القسم الثاني من الثالث أيضاً غير تام، أي مبنيّ على المسامحة في أغلب الموارد، فلا كلية له، فإنه فيما يقع في محله يحلّل، وإذا لم يقع ليس هو السبب للحرمة، بل لعدم واجدية السبب لشرطه وعدم استجماعه للشرائط.

نعم، ربما يكون مؤثراً في الحرمة كالعقد على المعتدة، أو ذات البعل، أو في حال الاحرام.

ثم إن الظاهر بمقتضى صدر الرواية وموردها أن المراد من الكلام هو إنشاء التمليك والبيع بنحو البتّ والجزم، والتعبير بالكلام بلحاظ القول المشتمل على النسبة الحكمية والإبرام والإثبات، أي الجزم بالتحقق أو التحقيق، وأنه حيث يتخير في الأخذ والترك، يكشف عن عدم تحقق الكلام المبرم المحقق لمضمونه، فكأن الجواب: أنه إذا لم يكن إنشاء أمر وإثباته وتحقيقه، فلا بأس حيث إنه لا كلام في البين، والكلام هو الذي فيه اقتضاء الحليّة والحرمة، ويوجب حليةَ تصرف أحدهما في

المنتقل اليه وحرمة تصرفه فيما انتقل عنه[1]. أو أن الكلام هو الذي تترتب عليه الصحة والفساد من حيث وقوعه في محله شرعاً، أو عدم وقوعه كذلك، أو من حيث مضمونه كما في المزارعة، أو أن الانشاء الجدّي تارة يؤثر في الحلية كالنكاح، وأخرى في الحرمة كالطلاق والظهار، ولا كلام في البين حتى يترتب عليه الفساد من حيث كونه بيع ما ليس عنده.

وعلى كل تقدير بعد أن لم يكن المعنى الأول مقصوداً من الرواية، فلا يمكن الاستشهاد بها على عدم صحة المعاطاة أو عدم لزومها.

قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام في ايجاب البيع بوجه آخر..».

أقول: استدراكه مبنيّ على ما استظهره من إرادة المعنى الثالث، أي الوجود والعدم، وإلا فعلى ما ذكرنا يكون الكلام كناية عن الانشاء الموجب للتحقق، سواء كان باللفظ أو بغيره، لكن يتوجه عليه أولاً: ما ذكره من عدم مناسبة المورد.

وثانياً: إن الحصر ليس عى إطلاقه حتى يفيد ما ذكره، بل عدم الكلام في قبال وجوده في مثل المورد أو الكلام في قبال المقاولة أي المعنى الرابع، فالحصر إضافي.

---

(١) ربما يشكل ذلك بأنه على هذا كان الأولى في التعبير أن يقال: إنما الكلام يحرّم ويحلل، لا إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام، فإن ظاهره تعدد الكلام، إلا أن يقال: أن المعرفة إذا أعيدت كانت هي الأولى.

قوله : « فتأمّل » .

أقوله: لعله ناظر إلى ما ذكره من عدم إمكان المعاطاة، فإن مال الغير يمكن أن يعطيه غيره بالظفر بـه، أو أنه لا تنحصـر المعاطاة في إعطاء المثمن، بل يتحقق بإعطاء الثمن، كما يأتي في التنبيه الثاني للمعاطاة، حيث يقول: «كان دفع الثمن اشتراء وأخذه بيع المثمن به».

قوله : «وكيف كان فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور».

أقول: كيف ذلك مع تعدد الاحتمالات؟ بل كونها أجنبية، والإشعار ليس بدليل، بل يمكن نفي الإشعار.

﴿ تنبيهات المعاطاة ﴾

قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «وينبغي التنبيه على أمور».

هل تعتبر شروط البيع في المعاطاة؟

التنبيه الأول في البحث عن أن الشروط المعتبرة شرعاً في البيع[1] هل هي معتبرة في المعاطاة أم لا ؟

وملخّص الكلام: أن المعاطاة إن كانت هي التي يقصد المتعاطيان فيها الإباحة - كما تقدّم عن صاحب الجواهر (قده) - فلا شبهة في عدم اعتبار شيء من شروط البيع فيها، لخروجها عنه موضوعاً، وحينئذ فلو شكّ في إفادتها للاباحة شرعاً يكفي في إثبات ذلك دليل السلطنة.

وإن كانت هي التي يُقصد فيها التمليك والبيع فهناك محتملات أربعة:-

أحدها: اعتبار جميع الشروط، سواء قلنا بأنها تفيد الملك أو الإباحة، وسواء كان دليل الشرط هو النص أو الاجماع.

---

(١) مثل معلومية العوضين، والقبض في الصرف، والسلَم، ومعلومية الكيل والوزن، الى غير ذلك، ومثل الشروط أحكام البيع من خيار الحيوان والمجلس، وغير ذلك مما يشك في جريانه في المعاطاة.

ثانيها: عدم اعتبارها مطلقاً.

ثالثها: اعتبارها على تقدير القول بالملكية شرعاً، وعدمه على تقدير القول بالإباحة.

رابعها: ما أشار إليه الشيخ الأنصاري في ذيل كلامه بقوله: «ويمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النص، فيحمل على العرفي وإن لم يفد عند الشارع إلا الإباحة وبين ما ثبت بالإجماع على اعتباره في البيع...». وحاصله الأخذ باطلاق النص وبالمتيقن من الدليل اللّبي.

مناقشة الاحتمالات:

أما الاحتمال الأول: فقد حكم الشيخ الأنصاري بأنه لا يخلو عن قوة وحاصل ما استدل به على ذلك، هو أن ترتب الأثر شرعاً على المعاطاة ـ سواء كان هو الملكية أو الإباحة ـ يحتاج إلى دليل، ولا دليل عليه في الفاقدة للشروط المعتبرة في البيع، والأصل عدمه.

أقول: من الأدلة القويمة على صحة المعاطاة وإفادتها للملك شرعاً: السيرة العقلائية المنتهية إلى زمان المعصوم عليه السلام، مع عدم الردع عنها، والظاهر أن هذه السيرة لا تختص بالمعاطاة الواجدة لجميع شروط البيع، بل هي قائمة على الفاقدة لبعضها، لا سيما الفاقدة لما اعتبره الاجماع، فمقتضى القاعدة عدم اعتبار ما كان دليله الاجماع.

بل لو ثبت قيام السيرة في المعاطاة على خلاف ما دل عليه عموم النص، كانت مخصصة له، وكانت النتيجة اختصاص اعتباره في البيوع القولية، لا سيما بالنظر إلى كون المعاطاة بيعاً جائزاً.

وأما الاحتمال الثاني: فتقريب المصير إليه أن أدلة اعتبار الشروط لا تشمل المعاطاة، فإنها ـ على القول بالإباحة ـ ليست بيعاً، لعدم كونها ناقلة للملك شرعاً، وقصد المتعاطيين ذلك لا أثر له، فلا موضوع لأدلة الشروط.

وأما على القول بالملك، فهي وإن كانت بيعاً شرعاً وعرفاً، إلا أن تلك الأدلة منصرفة إلى ما كان بيعاً لازماً، فلا تعم المعاطاة، ولو تنزلنا عن الإنصراف فلا أقل من الاجمال، وعدم كونها بحيث تشمل مثل المعاطاة.

وفيه: أن موضوع تلك الأدلة هو البيع من دون تقييد بأن يكون سببه القول أو الفعل، فلا وجه للانصراف وعدم شمول الإطلاق.

ولا يتوهم الانصراف من حيث غلبة الاستعمال، أو من حيث غلبة التحقق في الخارج.

لاندفاع ذلك كما هو واضح، ويتضح ما ذكرناه بالنظر إلى ما تقدم من الشيخ الأنصاري نفسه، من أن اللزوم والجواز هما من أحكام السبب، وعليه كيف يمكن دعوى الانصراف في المسبّب ؟

وأما الاحتمال الثالث: فحاصل ما استشهد به أن المعاطاة على القول بأنها لا تفيد الملك شرعاً، ليست بيعاً في نظر

الشارع، فأدلة اعتبار الشروط لا تشملها، وكونها في نظر العرف بيعاً لا أثر له، فإن من يعتبر أمراً في شيء إنما ينوط بما يراه هو، لا بما يراه غيره، فدليل الشرط يختص بما يراه الشارع بيعاً.

وأما على القول بافادتها الملك فهي بيع شرعاً وعرفاً، فاطلاق الأدلة قاضٍ باعتبار شروط البيع فيها ولا وجه لدعوى الانصراف ونحوه.

قلت : دليل الشروط ما كان منه لبيّاً، ليس له اطلاق وما كان لفظياً لا بد من تقييده بالسيرة إذا كانت قائمة على المعاطاة الفاقدة لبعض الشروط.

وأما الاحتمال الرابع: فحاصل ما يستشهد به هو أن ما ثبت من الشروط بالدليل اللفظي فهو على إطلاقه يعم المعاطاة، وما ثبت منها بالاجماع فلا يعمّها، لأنه دليل لبّي والمتيقن منه هو اعتباره في البيع اللازم دون مثل المعاطاة.

قلت : المعاطاة التي يقصد المتعاطيان فيها الإباحة ـ كما قال به صاحب الجواهر ـ خارجة عن موضوع البحث، وأما المعاطاة المقصود بها الملك على قول المشهور: (وهي إفادتها الإباحة) فأدلة اعتبار الشرط من النص والإجماع لا تشمله.

والقول بأن الموضوع هو البيع العرفي لا مجال له، فإنه بعد أن لم تكن ـ بما هو بيع عرفي ـ ممضاة ، لا وجه للمصير إلى اعتبار الشروط، وموضوعها البيع، ولا يعقل شموله لما لا يراه المعتبر لها بيعاً.

قال في (الجواهر): «ومن الغريب أن بعض مشايخنا اختار ذلك(أي كونها معاوضة مستقلة) في المعاطاة مطلقاً بعد أن اختار افادتها الملك، قال: وهل هي داخلة في اسم المعاملة التي جاءت في مقامها، فتجري فيها شرائطها وأحكامها؟ الظاهر من جماعة اختيار ذلك... والأقوى أنها قسم آخر بمنزلة الصلح والعقود الجائزة، ويلزم فيها ما يلزم فيها، فتصح المعاطاة على المُشاهَد من مكيل أو موزون، من غير اعتبار مكيال وميزان، وبنحو ذلك جرت عادة المسلمين»[1].

وناقش صاحب الجواهر ذلك، ثم قال: «نعم قد تُسلَّم (أي السيرة) في بعض أفراد الجهالة، فيختص الحكم به دون غيره، مع فرض كونها سيرة معتداً بها، لا أنها سيرة عوام يتسامحون في الشرع وأحكامه»[2].

تحريم الربا في المعاطاة:

قال الشيخ الأنصاري قدس سره: «وبما ذكرناه يظهر وجه تحريم الربا فيه أيضاً، وإن خصصنا الحكم بالبيع».

أ ـ أما على القول بأنها بيع عرفاً وشرعاً فلا اشكال فيه، سواء قلنا بما يقول المتأخرون، أو بما قال الشهيدان من أنها جزء سبب، واختاره الآخوند.

---

(١) الجواهر ج ٢٢ ص ٢٢٨.
(٢) الجواهر ج ٢٢ ص ٢٢٩.

ب ــ وأما على القول بأنها معاوضة مستقلة، فيتبع قول المشهور من جريان الربا في كل معاوضة كما عن الشيخ، والمحقق في (كتاب الغصب)؟

أو يختص بالبيع، كما عن ابن إدريس والعلاّمة في (الارشاد)؟

ويدل على المشهور آية﴿أَحَلَّ اللهُ البَيْعَ وحَرَّمَ الرِّبا﴾ والربا هي الزيادة على رأس المال كما قاله الراغب وغيره.

وفي الروايات، في (التهذيب) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: «إن على بن أبي طالب (ع) كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر، لأن تمر المدينة أجودهما، ولم يكن يكره الحلال».

وسُئل الصادق عليه السلام: «أيجوز قفيز من حنطة، بقفيزين من شعير؟ فقال: لا يجوز إلا مثلاً بمثل».

وفي صحيح الحلبي: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل، ليس فيها زيادة ولا نقصان، الزائد والمستزيد في النار».

جـ ــ وأما على القول بأنها تفيد الإباحة فقد ذهب الشيخ الأنصاري إلى أن الظاهر التحريم، لأنها معاوضة عرفية، وإن لم تفد الملك.

أقول : التحريم في الربا وضعي وتكلفي، أما الوضعي فلا يتأتى على القول بعدم افادة المعاطاة الملك، فإنها على هذا القول بيع فاسد، فيبقى التحريم التكليفى، وهو لا يعقل أن يكون في

التسبيب الى الملكية الشرعية، فإنها غير حاصلة، فيكون الحاصل التحريم التكليفي للمالـك بحسب قصده، وإن لم يتـرتب عليه مقصوده.

وأما على القول بأن مقصود المتعاطيين إنشاء الاباحة فقد قال الشيخ الأنصاري في ذلك: «فلا يبعد أيضاً جريان الربا، لكونها معاوضة عرفاً، فتأمل».

أشار بالتأمل الى أن الربا إمّا في البيع، أو في المعاوضة الملكية. أما المعاوضة الإباحية فخارجة.

هل يجري الخيار في المعاطاة؟

قال الشيخ الأنصاري: «وأما حكم جريان الخيار فيها قبـل اللزوم، فيمكن نفيه على المشهور لأنها جائزة عندهم فلا معنى للخيار».

أقـول : يبغي تفصيل الكـلام في المقـام، فنقـول: أ ـ المعاطاة إن قصد بها المتعاطيان إنشاء الإباحة ـ كما ذكره صاحب الجواهر ـ فلا موهم لجريان الخيار فيها أصلاً، لا الخيـارات المختصة بالبيع، ولا الجارية في مطلق المعاوضة، فـإنها إنمـا تجري في المعاوضة الملكية، دون الإباحة التي ليست فيها شائبة التمليك، حتى في قصد المتعاطيين.

ب ـ وإن قصد بها البيع والتمليك، فهناك أقوال:

أحدها : إنها بيع فاسد لا تؤثر في الملك أصلاً، وإنمـا

تترتب عليها الإباحة شرعاً.

وأما الملكية فهي أثر للتصرف الناقل أو التلف، وعلى هذا القول أيضاً لا مجال لجريان الخيار أصلاً، حتى ما يعم كل معاوضة تمليكية، كما هو واضح.

ولا يتوهم جريانه من حين حصول الملكية، فإن التصرف والتلف سبب مستقل، لا بيع ولا معاوضة.

لا يقال: إن المعاطاة، وإن لم تفد الملك لكنها بيع عرفي، وموضوع الخيار شرعاً هو ما يراه العرف بيعاً ومعاوضة.

لاندفاعه: بما تقدم من أن كل حاكم بحكم إنما يرتبه على ما يراه موضوعاً، لا ما يراه غيره كذلك، وليس ذلك من قبيل الإمضاء الذي كان موضوعه ما يتداوله العرف.

ثانيها: إنها معاوضة تمليكية مستقلة، وعليه لا تجري الخيارات المختصة بالبيع، وإنما يجري ما يعم كل معاوضة.

ثالثها: إنها تفيد الملك بشرط حصول التصرف الناقل أو التلف، فهي بيع إنشائي ويكون بيعاً فعلياً بعد حصول الشرط، وأما قبله فيباح التصرف.

ولعل هذا المعنى هو مراد المصنف (قده) من قوله: «وإن قلنا بافادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً، بناء على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم»[1]، ولعل المراد منه ما سيأتي، مما

---

(1) ويحتمل أن المقصود صيرورتها بيعاً لازماً بعد حصول اللزوم، بسبب الملزمات، فيكون قبله بيعاً جائزاً، لكن هذا يرجع الى ما سنذكره إن شاء الله في قولنا: رابعها.

سيذكره عن الشهيد الثاني من قوله: «اللهم إلا أن يُجعل المعاطاة جزء السبب، والتلف تمامه»، وقد اختار ذلك العلاّمة الخراساني، ونظّره بالقبض في الصرف والسلَم. والظاهر أن المراد من جزء السبب هو جزء العلة التامة، بأن تكون المعاطاة مقتضية، والتلف ـ وكذا التصرف الناقل ـ شرطاً، وكيف كان يشكل جريان الخيار قبل اللزوم، حتى ما كان بشتراطه، بل لا معنى له، لمكان لزوم اللغوية على ما سيأتي في رابع الأقوال.

نعم لا بأس به بعد اللزوم، فيما لم يكن التصرف أو التلف مسقطاً له.

هل تتحقق المعاطاة بالاعطاء من جانب واحد؟

قال الشيخ الأنصاري: «الأمر الثاني: أن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين، فالملك أو الاباحة في كل منهما بالاعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد...».

ذكر المصنّف قدس سره صوراً أربعة:

الصورة الأولى: أن يكون الإعطاء من الطرفين. وحكم بأنه المتيقن من مورد المعاطاة، وفرّع عليه بأنه لو حصل من جانب واحد لم تتحقق المعاوضة ولا الاباحة رأساً، وعلّله بأن كلاً من العوضين ملك أو مباح في مقابل ملكية الآخر أو إباحته.

أقول: هذه الملكية أو الاباحة تحصل بقبول الطرف الآخر، وذلك يتحقق بأخذه للمعطى بقصد القبول، كما يتضح فيما

سنذكره إن شاء الله تعالى.

وربما يتوهم: أن هيئة المعاطاة تقتضي صدور العطاء من الاثنين.

وفيه : إن هيئة المفاعلة موضوعة لصدور المبدأ من الفاعل بالاضافة الى شخص أو إلى جهة بنحو الاهتمام بشأنه، سواء صدر المبدأ من فاعل آخر أولا، بخلاف هيئة التفاعل فإنها التي تفيد الصدور من الاثنين، ولذا يقال: تَضاربَ زيد وعمرو، أو هما تضاربا، بخلاف صيغة (ضاربَ) فلا يقال: ضارب زيد وعمراً، أوهما ضاربا، وانما يقال: ضاربَ زيدُ عمراً. والدليل على ما ذكرناه كثرة الاستعمال مع عدم قابلية المبدأ لصدوره من اثنين، أو مع عدم صدوره منه، وإن كان قابلاً كما في قوله تعالى: «كيف يواري سوأة أخيه» وقوله تعالى: «يراءون الناس» ونحو ذلك. وتقول: خاطَب القوم، وطالع الكتاب، وعاون صديقه... إلى غير ذلك من النظائر في الكلمات الفصيحة.

ثم إن صورة المعاطاة من الطرفين على ثلاثة أقسام:

الأول : أن لا يكون الثمن مشخصاً في الخارج، كخصوص هذه الدراهم مثلاً، ويكون بينهما الاعطاء والأخذ بقصد التمليك والتملك على ما تبانيا عليه من الثمن، ثم يحضره المشتري ويعطيه، فالايجاب والقبول بذلك الاعطاء والأخذ، وإنما يكون إعطاء الثمن أداء لما في الذمة، فإن العوض بعد أن لم يكن مشخصاً، فلا محالة هو الكلي في الذمة.

الثاني : أن يكون الثمن مشخصاً ومعيناً في الخارج، ويكون اعطاؤه تسليماً للعوض بعد أن تمّت المعاملة بينهما إيجاباً وقبولاً

بإعطاء المتاع وأخذه.

الثالث : أن يكون أخذ المشتري لا بعنوان القبول والتملك، بل مجرد التناول ليكون مقدمة لقبوله بإعطاء الثمن.

وهذا أيضاً يمكن أن يجعل من المعاطاة، وإن كان يشبه أن يكون الإعطاءان بمثابة الايجابين، لكنه ليس كذلك، فإنه يعطيه بعنوان العوضية فلا يكون إيجاباً للتمليك مستقلاً.

الصورة الثانية: أن يكون الإعطاء من جانب واحد، وهذا أيضاً على ثلاثة أقسام، فإمّا أن يكون نسيئة والثمن في ذمة المشتري إلى الأجل المضروب، فالبيع - إيجاباً وقبولاً - بإعطاء المتاع وأخذه، وإمّا أن يكون سلفاً، وإيجابه من المشتري بإعطائه للثمن، فيكون أخذه قبولاً من البائع ويستقر المُسلَم فيه في ذمته، وإمّا أن يكون سلماً، وإيجابه من البائع على النمط الذي ذكره المصنف من أن يكون إعطاء الثمن اشتراء وأخذه بيعاً للمثمن به، فيحصل الايجاب والقبول الفعليان بفعل واحد في زمان واحد.

أقول: صحة هذا القسم في غاية الاشكال، ضرورة أنه لم يصدر من البايع إنشاء التمليك لا قولاً ولا فعلاً، فلا إيجاب منه.

نعم، دلّت قرينة الحال على عزمه النفساني، لكن ليس العزم على التمليك بيعاً ما لم يبرز الى مقام الفعلية بإنشائه، وإن انكشف بأي كاشف سوى القول والفعل.

تنبيه: لو كان الثمن عند البايع أمانة ونحوها فأعطى المثمن

بعوض ما عنده، تمّ الايجاب والقبول بالاعطاء والأخذ، وكان الثمن مقبوضاً.

أما لو كان المثمن عند المشتري، كما لو كان مستأجراً للدار مثلاً، وأراد شراءها وأعطى الثمن للمالك، فيجري فيه ما ذكره المصنف، وما أشكلنا عليه.

نعم، ربما يمكن في مثل العارية، والوديعة ونحوهما أن يقال: إن ابقاءه لدى المشتري فعل من البايع، وتتحقق به المعاطاة وإيجابها.

الصورة الثالثة: أن يكتفي بمجرد الوصول والايصال، كوضع الفلوس في المكان المعدّ له، والتصرف في المتاع مع غيبة مالكه، كما في الأمثلة التي ذكرها المصنف وغيرها، فإنه ربما يدعى أن المعيار في المعاملة وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا من الطرفين.

أقول : لو ادّعى الرضا بالتصرف والإباحة المالكية فذلك وجه وجيه، وأما حصول الملكية وتحقق البيع ففي غاية الاشكال، ضرورة أن الانشاء ـ كما تقدم آنفاً ـ يتوقف على واحد من القول والفعل، وليس من ناحية البايع شيء من ذلك، ومجرد الرضا بالتمليك واستشكافه بالقرائن ليس من مقولة البيع.

نعم، ربما يمكن أن يقال: إن صاحب المتاع، حيث جعله في معرض أن يتناوله من يضع الفلوس مكانه، فقد أذن له أن يبيعه من نفسه، ويقبله، فأخذه المتاع إيجاب للبيع عن قبل

المالك، ووضع الفلوس قبوله لنفسه.

أو يقال: إن وضع المتاع في ذلك المكان إنشاء لبيعه من كل من يأخذه ويضع الفلوس، ويتعين هذا الكلي في شخص الآخذ، ويكون أخذه أو وضعه الفلوس قبولاً، ويصُار إلى صحة ذلك بأنه لا يشترط في المعاطاة ما يشترط في البيع القولي.

أقول : إن قامت السيرة على حصول الملكية في مثل ذلك فهو، وإلا فلا محيص من المصير إلى الإباحة المالكية.

وأما إثبات الإباحة الشرعية ـ مستقلًا وتعبداً ـ مع عدم قيام السيرة فلا وجه له أصلاً.

الصورة الرابعة: أن لا يكون هناك إعطاء وأخذ، ولا وصول وإيصال، فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء من غير إيصال، والمصنف لم يستبعد صحته مع صدق البيع عليه.

واحتمل شيخنا الأستاذ وجهاً خامساً، وهو أن يكون مال كل منهما تحت يد الآخر، ويتسببان إلى التمليك والتملك، بإبقاء المال على ما هو عليه.

نظرة في هذه الصور:

أما الصورة الأولى: وهي التعاطي من الطرفين فإمّا أن لا يكون الثمن معيناً في الخارج، أو يكون معيناً، فعلى الأول: يكون الاعطاء تمليكاً بالعوض والأخذ تملكاً له كذلك، وذلك هو القبول، ويكون ما في الذمة عوضاً، وما يدفعه ـ ولو نقداً ـ وفاء لذلك.

وعلى الثاني سواء كان الإعطاءان متعاقبين ، أو كانا دفعة، فإن كان المشتري قصد ـ بأخذه ـ التملك فهو قبول، وما يعطيه تسليم لما جعله عوضاً.

وإن كان المشتري لم يقصد ـ بأخذه ـ التملك بالعوض، بل كان أخذه تناولاً خارجياً يتقوم به الاعطاء، وكان بمثابة المخاطب في كاف بعتك، فحينئذ إن قصد باعطائه الثمن الدلالة على التملك بالعوض، كان قبولاً، وإن قصد به التمليك في قبال تمليك صاحبه، فهناك تمليكان لا تمليك وتملك، وايجاب وقبول.

وأما الصورة الثانية: فالإعطاء من جانب واحد فقط إما أن يكون نسيئة أو سلماً، والأول لا ضير فيه، ضرورة أن المعطى يوجب، والاخذ يقبل، والثمن في ذمته مشروط بأجله.

وأما الثاني: فإن كان اعطاء الثمن إسلافاً وإيجاباً من المشتري، فلا بأس به، فإنه يُسلفه على المتاع في ذمة صاحبه، وهو بأخذ الثمن يكون قابلاً، وإن كان بقبول من المشتري فلا ايجاب من البايع ـ لا قولاً، ولا فعلاً ـ

وما حكم به المصنف (قده) من أن أخذ البايع يكون بيعاً.

فيه : أن كونه كذلك، إنما يكون بقرينة الحال، لا باللفظ ولا بالفعل، والحال أن إنشاء التمليك لا بدّ من أن يكون بأحد الأمرين، لا بالقرينة الكاشفة عن القصد المحض من دون فعليه الإنشاء.

وأما الصورة الثالثة، وهي الاكتفاء بمجرد الوصول والايصال، كما إذا كتب صاحب الأمتعة على كل منها سعره وجعلها في المعرض، فيجيء المشتري ويضع السعر ويأخذ المتاع الذي يريده، وإنهما المعيار مع الرضا من الطرفين كما ربما يدّعى ذلك.

أقول : هذا الإدعاء على مسلك القائلين بالاباحة يمكن تمشيّه، فإن ما ذكر تصرف بالرضا بإباحة مالكية وشرعية، بل هذا أولى بالصحة، فإن الاباحة مع قصد المتعاطيين التمليك يشكل فيها دعوى الاباحة المالكية إلا بتكلف وتعسف.

وأما على مسكل القائلين بالملك، وأن المعاطاة بيع، فالظاهر عدم كون ذلك بيعاً، إذ البيع هو إنشاء تمليك عين بعوض، وما يرادف ذلك، والإنشاء لا يتحقق بمجرد الوصول والايصال، لا سيما إذا كان ذلك بواسطة الصغير أو الحيوان، بل لا بدّ فيه من قول أو فعل يتحقق به، لا مجرد الدلالة والكشف عن القصد، وليس في البين ذلك.

إلا أن يقال: إن صاحب المتاع قد أذن في أن يتصدى المشتري كلا طرفي المعاملة والبيع، فهو بأخذه يبيعه من قبل المالك، وبوضعه الفلوس يقبل البيع

أو يقال: لا يشترط في المعاطاة ما هو شرط في المعاملة القولية، فصاحب المتاع ـ بوضعه ـ ينشىء البيع من كل من يريده، وإبقاؤه إلى حين مجيء المشتري عبارة عن بيعه إياه، وأخذه من المشتري أو وضعه الفلوس هو قبوله إياه وبالجملة: إن

كانت السيرة جارية على حصول الملكية فهى متبعة، وإلا فإباحة محضة، أي الرضا بالتصرف.

وأما الصورة الرابعة: فهي على أقسام ثلاثة:

أحدها: أن يكون المتاع أمانة عند المشتري فيتقاولان، ثم يعطي ما تقاولا على ثمنيته، وهذا على قول المصنف بيع، فإن إعطاء الثمن اشتراء وأخذه بيع.

قال المصنف: «لو كان المُعطىٰ هو الثمن كان دفعه اشتراء، وأخذه بيعاً للمثمن به، فيحصل الايجاب والقبول الفعليان بفعل واحد في زمان واحد».

لكن يشكل عليه بأن الدال على إنشاء التمليك حينئذ، هو القرينة دون أن يكون إنشاء، فإن اكتفينا بمجرد ظهور القصد النفساني كان بيعاً، وإن قلنا بلزوم الانشاء فليس بيعاً لعدم الإنشاء اللفظي والقولي. ومثله ما إذا كان الثمن عند البايع أمانة فيتقاولان، ويعطي البايع، فذلك ايجاب، وأخذه قبول، والثمن واصل الى البايع.

ثانيها: أن يكون العوضان عند الطرفين، فيتقاولان، ثم لا يكون منهما فعل. وهذا عبارة عن الوصول بلا حاجة الى الإيصال، وحيث لا يكتفى بمجرد ذلك بل لا بد من الانشاء، فليس ببيع.

نعم، لو قيل في تحقق البيع، بالقصد النفساني، والاكتفاء

بمجرد ظهوره، ولو بالقرائن لتمّ ذلك. والحاصل أن المقاولة غير المعاملة ، فلا يحصل البيع بها ، اللّهم إلا أن يكون الإبقاء إنشاءاً للتمليك وإنشاءاً للقبول .

ثالثها: أن يكون هناك مجرد المقاولـة، من دون أن يكون العوضان عند الطرفين، فإن كان قصـدهما من المقـاولة إنشـاء التمليك والتملك، وقلنا بكفـاية البيـع بأي لفظ كـان في البيع القولي، فتلك معاملة وبيع، وإن لم يكن ذلك من قصدهما بل كان مجرد المقاولة التي هي غير المعاملة أو لم نقل بالكفـاية المذكورة فلا أثر له .

نعم لا يبعد فيما لا يكون هناك بيع أن تكون هناك إباحة مالكية، والرضا بالتصرف، أما الإباحة الشرعية فالظاهر عدم الدليل عليها من السيرة وغيرها.

كيف يتميز البايع من المشتري في المعاطاة؟

قال الشيخ الأنصاري : « الثالث: تميّز البايع من المشترى في المعاطاة الفعلية . . . » .

المقصود هو تميّزهما في مقام الإثبات، حتى يحكم على كل منهما بما يخصه ، لكن بعض عبارات المصنف (قدّه) توهم إرادة التميز بحسب نفس الأمر .

أما التميز النفس الأمرى فواضح ، فان البايع هو من ينشىء تمليك العين بعوض ، والمشترى من يطاوعه ويقبل ذلك ، وداعيهما أيضاً

يتميز في الأغلب ، حيث إن البايع بصدد تحصيل المال ، والمشترى بصدد تحصيل ما ينتفع به في حوائجه ، وربما يكون غير ذلك ، كما إنه ربما يتوافقان في الداعي ، كما إذا كان يحتاج كل منهما إلى الانتفاع بما في يد الآخر من العَروض ، أو كان كل منهما يهوى ما في يد الآخر من النقود .

وأما التميز في مقام الإثبات فحيث إن المعاطاة فعل خارجي ولا تدل على التميز، فلا بدّ من القرينة على ذلك ، وحينئذ فان سبق منهما التقايل أو نحو ذلك ، ثم تعاطيا ، فمقتضى الظاهر أنه مبنى على ذلك .

وإن كان التعاطي منهما ابتداءاً محضاً فيشكل الأمر ، لكن ظاهر الحال في معاطاة المتاع والنقد أن المقصود هو المبايعة ، وأن معطي المتاع بايع ، والآخر مشترٍ [1] وذلك وإن كان من قبيل الظن في الموضوع ، لكنه من الظنون الخاصة ، فان السيرة كما أنها قائمة على الأخذ بظواهر الألفاظ ، كذلك في ظواهر الأحوال .

ولو كانت المعاطاة بينهما في متاعين مع تقويم خصوص أحدهما بالنقود ، فلا يبعد أن يكون ذلك كسابقه .

وإن تعاطيا بنفس النقود ، أو بمتاعين بدون التقويم ، أو مع تقويم كليهما :

أ ـ فإمّا أن يعلم أن أحدهما قاصد لتمليك ماله بعوض، والآخر مطاوع

---

(١) قال الراغب في (مفرداته) : « المشتري دافع الثمن وآخذ المثمن ، والبايع دافع المثمن وآخذ الثمن هذا إذا كان المبايعة والمشاراة بناضٍ وسلعة » وكلامه ناظر إلى ما هو الظاهر من المتعارف .

له ، فلا إشكال سواء علم ذلك تفصيلاً أو إجمالاً ، غاية الأمر أنه مع الاجمال يلزم الاحتياط .

ب ـ وإمّا أن يعلم أن كليهما لم يقصدا ذلك ، فلا مبايعة بينهما ، والمعاطاة بينهما معاوضة مستقلة يبتنى صحتها على شمول عموم آية (أوفوا بالعقود) وآية (تجارة عن تراض) ونحو ذلك .

ج ـ وإمّا أن لا يعلم شيء من ذلك ، فيتردد الأمر بين كونها مبايعة أو معاوضة مستقلة ، ولا وجه حينئذ لجعل المدار في تميز البايع على الاعطاء أولاً ، فانه مع عدم اطراده ، لما كان التعاطي منهما دفعة يتوجه عليه أن ذلك ظن لا يغني عن الحق [1] ولا دافع لاحتمال أنه قصد المعاوضة المستقلة ، مضافاً الى أن الظن في الاعطاء أولاً لا يلازم أن يكون الاعطاء ثانياً بقصد الشراء ، لاحتمال أنه لم يقصد القبول به ولا بأخذه للمعطى له [2] ، بل قصد التمليك في قبال تمليك صاحبه .

قوله : « ففي كونه بيعاً وشراءاً بالنسبة إلى كل منهما . . . »

أقول : هذان العنوانان لا يعقل اجتماعهما [3] فان البيع إيجاد ملكية المشترى للمال وإخراج مال المشترى عن ملكه إنشاءاً ، والشراء هو قبول ذلك ، فهما متقابلان ، مضافاً الى أن البايع إذا ملك الثمن من

---

(١) وليس من ظاهر الحال ، صرورة أنه لا ظهور في ذلك في كون المعطى قاصداً للبيع .

(٢) إشارة الى دفع ما ربما يتوهم من أن أخذه قبوله ، فيتعين أن يكون إعطاؤه لأداء ما التزم به . وجه الاندفاع : أن الأخذ إنما يكون قبولاً فيما ثبت أن الاعطاء الأول كان إيجاباً للبيع ، ولم يثبت وإنما ظن به .

(٣) وحيث لم يتضح ذلك للراغب ، قال في مفرداته : « إذا كانت المبايعة بيع سلعة بسلعة صحّ أن يتصور كل واحد منهما مشترياً وبايعاً »انظر في ذلك مادة (شرى)

المشترى لا يعقل أن يشترى منهم ما ملكه .

قوله : « أو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطي أولاً . . . » .

أقول: يمكن المصير إليه إذا أحرز أنهما في مقام البيع والشراء ، بحيث يكون من أحدهما التمليك بالعوض ومن الآخر القبول ، ففي مرحلة التمييز يحكم بأن المعطي أولاً هو الموجب والآخر هو القابل ، وأما إذا لم يحرز ذلك فلا وجه للمصير إلى ذلك على ما تقدم بيانه .

قوله : « أو كونها معاطاة مصالحة ، لأنها بمعنى التسالم . . . »

أقول : فيه أن التصالح لا بدّ فيه من إنشاء مفهومه ، ومن الايجاب والقبول ، لا مجرد أن يصدر منهما عمل لازمه التسالم . وأما حمل الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه : لك ما عندك ولي ما عندي ، على الصلح ، فمجرد احتمال مبني على امكان أن يكون إنشاء الصلح وإيجابه من أحد الشريكين بهذه الجملة .

قوله : « أو كونها معاوضة مستقلة . . . » .

أقول : إنما يكون كذلك إذا أحرز أنه لم يقصد واحد منهما التمليك بعوض ، وإلا تردد الأمر ، على ما تقدم بيانه .

أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين :

قال الشيخ الأنصاري قدس سره : « الرابع : إن أصل المعاطاة ، وهو إعطاء كلٍ منهما الآخر ما له يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه : »

أقول : حاصله أن المتعاطى إمّا أن يقصد تمليك ماله بعوض عنه ،

أو عن التمليك ، وإمّا أن يقصد إباحة المال بعوض غنه ، أو عنها ، فتلك أربع صور. هذا على ما أفاده المصنف (قده) لكن المتصوّر أكثر من ذلك ، فإن المتعاطى إمّا أن يقصد تمليك المال ، أو إباحته ، وعلى كلٍ منهما : إمّا أن يكون العوض عوضاً عن المال ، أو عوضاً عن نفس التمليك أو الاباحة . ثم إن عوض المال إمّا أن يكون مالاً أو عملاً ، والعمل إمّا أن يكون تمليك صاحبه أو إباحته [1] .

ولعل إقتصار المصنف (قده) على الصور الأربعة بلحاظ التعرض للإشكال في صورتي قصد التمليك ، من حيث عدم صدق مفهوم المعاطاة في نظره، وعدم صدق البيع والهبة ، وفي صورتي قصد الاباحة من حيث ما سيذكره .

قوله : « فيكون إطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء ، دون القول ، لا من حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين » .

أقول : أي يكون ذلك اصطلاحاً وإن لم يكن كذلك لغة ، لعدم صدور المبدأ من الطرفين بعد أن تمّت المعاملة بالعطاء والأخذ .

وما ذكره مبني على ما هو المشهور من أن هيئة المفاعلة لاقتسام الفاعلية والمفعولية في اللفظ ، والاشتراك بينهما في المعنى ، أي هما بحسب المعنى يشتركان في ذلك ، وكل منهما فاعل ومفعول ، أما بحسب اللفظ فأحدهما فاعل والآخر مفعول ، فيقال : ضارب زيد عمرواً ، ولا يقال : ضارَبا ، كما يقال : تضاربا ، ولا ضارب زيد مع

---

(١) كما إذا باع المتاع بإزاء أن يهب له شيئاً ، أو يبيح له التصرف فيه .

عمرو ، كما يقال : تضارب زيد مع عمرو .

والتحقيق أن الأمر ليس كما اشتهر ، ضرورة صحة الاستعمال في ما لم يصدر المبدأ من الطرف الآخر ، وما لا يعقل أن يصدر منه ، كما في : طالع الكتاب ، ووارىٰ الميت ، وخاطَبَ القوم ، وعالجَ المريض ، وداوىٰ الجرح ، وسافر إلى البلد ، وساعد أخاه ، وواعدَ صديقه . . . الى غير ذلك مما ورد في القرآن والحديث وكلمات الفصحاء .

والذي ينبغى أن يقال : إن هيئة المفاعلة تدل على أن المبدأ متحقق بين اثنين ، لا أنه يصدر من اثنين .

توضيح ذلك : أن هيئة (فَعَلَ) تدل بالمطابقة على قيام المبدأ بفاعله قيام صدورٍ أو حلولٍ أو غير ذلك ، وليس لها دلالة على أزيد من ذلك . نعم إذا كان الفعل متعدياً كانت له دلالة التزامية بالاضافة الى ما يناسبه من المفعول .

وأما هيئة (فاعَلَ) فهي تدل بالمطابقة على قيام المبدأ بفاعله متوجهاً إلى غيره ، من المفعول أو المحل أو الجهة أو غير ذلك ، سواء كان ذلك مع الحاجة الى أداة ، كما في : سافر الى البلد ،أم لا كما في : طالع الكتاب ، وعالج المريض ، وسواء صدر المبدأ من الطرف الآخر أم لا .

والحاصل : أن هيئة المفاعلة إنما تدل على نسبة خاصة للمبدأ بالاضافة الى فاعله أي بنحو كونه قائماً به ، ومتوجهاً الى غيره ، سواء صدر مثله من الغير أو لا ، فتصدق المعاطاة حقيقة على الإعطاء من

أحدهما والأخذ من الآخر .

ثم إنه ربما يقال : إن الأخذ لا يمكن أن يتحقق به القبول ، فلا تتم المعاملة إلا باعطاء العوض ، بيان ذلك : أن حقيقة البيع عبارة عن تبديل طرفي إضافة الملك بين البايع والمشترى مع بقاء نفس الاضافة إعتباراً ، والبايع هو الذي يتصدى ذلك ، والمشتري يرضى به ويقبله ، وهذا المعنى في الايجاب لفظاً مدلول عليه ، ومستفاد منه ، بخلاف المعاطاة فإنها فعل خارجي لا يدل على أزيد من التمليك المستفاد من تسلّط يد الغير على المعوض ، وحيث لم يكن إعطاء الشيء دالاً على التبديل المذكور فأخذه لا يكون من باب قبول إيجاب البيع [1] ، بل هو إمّا قبول للهبة أو هو الاقتراض .

وبعبارة أخرى : لما لم يكن دليل لفظي على التبادل بين طرفي إضافة الملكية ، فلا بد من أن يكون دالاً عليه ، وعليه فالعوض ما لم يدفعه المشترى باقٍ على اضافته إليه ، وحينئذ فالمعوّض وان كان قد خرج عن ملكية البائع باعطائه ، لكن لا يمكن دخوله في ملك المشترى ، لأن اضافة الملكية في جانبه باقية ، فلو فرض تملكه له لا بدّ من أن يكون ذلك بنحو من الهبة والقرض ، وذلك خلف لعدم كونهما في قصد المتعاطيين .

فتحصّل أن قبول المعاطاة لا يتحقق الا باعطاء العوض حتى يتبادل طرفا اضافتي الملكية بينهما ، وعليه فلو مات المشترى قبل أن يدفع

---

(١) فلا شأن للأخذ إلا كونه من لوازم الإعطاء تكويناً ، ومقدمة للقبول فيما لا يتقدم على إعطاء البائع .

العوض [١] كان ذلك قبل تمام المعاطاة ، وكان المعوض باقياً في ملك البايع وإن كان قد أخذه المشترى .

قلت : لو كان المدار على الدلالة اللفظية ، واقتصر عليها كيف يكون دفع المال من المشترى قبولاً ، فانه فعل نظير إعطاء البائع ماله ، ولا يدلّ التسليط الخارجي على أزيد من التمليك ، فيكون هناك إيجابان لتمليكين .

قال الشيخ الأنصاري قدس سره : « ثانيهما : أن يقصد كل منهما تمليك الآخر ماله بإزاء تمليك ماله إيّاه ، فيكون تمليك بازاء تمليك ، فالمقابلة بين التمليكين لا الملكين »

أقول: إعطاء كلٍّ منهما متاعه بقصد تمليكه بازاء تمليك الآخر يتصور على وجوه:

١ ـ إعطاء المال بقصد التمليك ، بجعل تمليك الغير عوضاً عن المال ، كجعل ساير الأفعال عوضاً عن المال ، وحينئذٍ فهل العوض هو التمليك المصدري ، أو بمعناه الاسم المصدري ؟ وهل يجري في الثاني محذور السلطنة على السلطنة أم لا ؟

٢ ـ جعل مال الغير عوضاً عن نفس هذا التمليك المقصود بالإعطاء .

٣ ـ جعل تمليك الغير عوضاً عن نفس هذا التمليك .

والأولان ليسا محلاً لكلام المصنف (قده) ، وربما تعرضنا لهما

---

(١) ومثله لو عصى فلم يدفع العوض ، أو أفلس ، ونحو ذلك

فيما يأتى إنشاء الله تعالى .

وأما الثالث فيقع الكلام أولاً في صحته ، وثانياً في أن المعاملة ـ على فرض صحتها ـ تتقوم بالعطاء التمليكي من الطرفين على ما ذكره المصنف ، فلا تتم المعاملة بمجرد تمليك أحدهما وأخذ الآخر . ويتوجه حينئذٍ الكلام في أن الأخذ لمّا لم يكن قبولاً ، بل هو مجرد تناوله تكويناً وغير مرتبط بالايجاب ، فان القبول هو أخذ العوض أي المال فيما جعل الايجاب تمليكه ، والعوض هنا هو نفس الايجاب ، ولا يعقل قبوله بأخذ المال ، بل لا بدّ من تحقق عوضه ، وهو تمليك الآخر لماله ، ثم يتوجه الكلام في أن تمليك الآخر لا يعقل كونه قبولاً ، لانه إيجاب بنفسه واجتماع الايجاب والقبول غير معقول ، وهذا الاشكال يجري ولو كان التمليك بازاء مال يكون في قبال التمليك .

وثالثاً : في أن هذه المعاملة ـ على فرض صحتها ـ بيع ، أو هبة ، أو مصالحة ، أو معاملة مستقلة ؟ !

أما الكلام على الأول ، فتارة من حيث جعل التمليك بمعناه المصدري معوضاً ، وأخرى جعله بمعناه الاسم المصدري كذلك .

أما الأول فقال شيخنا الأستاذ (قده) : أن التمليك بالاعطاء حال تعلقه بمتعلقه ملحوظ آلي ، وفي جعل نفسه معوضاً يحتاج إلى لحاظ استقلالي ، ولا يعقل اجتماع اللحاظين المتباينين في ملحوظ واحد ، فلا بد من أن تكون هذه المعاملة في ضمن معاملة أخرى .

توضيح ذلك : أن المعاملة هي جعل شيء معوضاً بشيء إنشاءاً ، والمقصود الملحوظ بالاستقلال ، والجعل الإنشائي الصادر منه ملحوظ

له آلياً ، لأنه السبب لذلك ، والسبب لحاظه آلي ، فلو كان نفس هذا الجعل معوضاً لزم اجتماع اللحاظين ، فهو بمثابة استعمال اللفظ في نفسه .

مضافاً إلى أن الإنشاء المعاملي سبب لتحقق المعوض وثبوته ، فلو كان هو المعوض لزم أن يكون الشيء سبباً لتحقق نفسه .

وأما الثاني : فالملكية نحوٌ من السلطنة ، والمالك لا سلطنة له على سلطنة نفسه حتى ينقلها إلى غيره .

وأما الكلام على عدم كون الأخذ قبولاً ، وتوقف تمامية المعاملة على تمليك الآخر ، فلأن الأخذ هو أخذ المال المقصود تملكيه ، وهو ليس بعوض ، فلا يكون أخذه قبولاً في المعاملة التي معوّضها التمليك ، بل لا بدّ من تحقق عوضه وهو تمليك الآخر .

وبهذا يصحح كلام المصنف (قده) حيث قال : « فالمقابلة بين التمليكين لا الملكين ، والمعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين ، فلو مات الثاني قبل الدفع ـ أي قبل تمليكه ماله ـ لم يتحقق المعاطاة »

لكن يشكل عليه بأن تمليك الآخر لا شبهة في كونه إيجاباً فكيف يكون قبولاً ؟

وتوهم : أنه إيجاب من جهة ، وقبول من جهة ، مندفع بأن ذلك إنما يتم لو أريد بالقبول مجرد تحقق العوض في الخارج .

وأما الكلام على أنه بيع أو هبة معوضة ؟ أو مصالحة ؟ أو معاوضة مستقلة ؟ فليس ببيع ، إذ البيع تمليك المال بعوض أي مبادلة مال بمال ، لا المعاوضة بين الفعلين ، لا سيما بعد اشتراط أن يكون المبيع

عيناً لا عملاً [1] كما انه ليس هبة ، لأنه بمجرد التمليك فيه يملك المتّهب ، ولا يتوقف على بذل العوض فانه مشروط عليه ، والتخلف لا يضر بالصحة ، وانما يحدث له الخيار أحياناً ، هذا على كلام الأستاذ النائيني قدس سره .

لكن يمكن أن يقال : إن المال قد تملكه مجاناً ، ولم يجعل في مقابل المال شيء ، وانما جعل العوض في قبال التمليك ، فيكون هبة بهبةٍ ، فيدخل في الهبة المعوّضة .

لكن يدفعه أن الموضوع مرتفع على ما ذكره المصنف (قده) حيث قال : « إجراء حكم الهبة المعوّضة عليه مشكل ، إذ لو لم يملّكه الثاني هنا لم يتحقق التمليك من الأول ، لأنه إنّما ملكه بازاء تمليكه ، فما لم يتحقق تمليك الثاني لم يتحقق تملكه له »

كما أنه ليس مصالحة فانها تحتاج الى إنشاء معناها ، فلا بدّ من كونه معاوضة مستقلة .

وأما التمليك بازاء المال ففيه محذور الجمع بين اللحاظين ، ومحذور أن المال لا مملك له لا من ناحية المشتري ولا من ناحية البايع ، حيث لم يجعل مال المشترى بدلاً عن مال نفسه بل عن تمليكه .

قال الشيخ الأنصاري قدس سره : « ثالثها : أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض فيقبل الآخر بأخذه اياه ، فيكون الصادر من الأول الإباحة

---

(١) وأما بيع خدمة العبد المدبَّر فقد تقدم تأويله

بالعوض ، ومن الثاني بقبوله لها التمليك ، كما لو صرّح بقوله : أبحث لك كذا بدرهم .

رابعها : أن يقصد كل منهما الاباحة بإزاء إباحة الآخر ، فيكون إباحة بازاء إباحة ، أو إباحة بداعي إباحة ، على ما تقدم نظيره في الوجه الثاني من إمكان تصوره على نحو الداعي ، وعلى نحو العوضية »

أقول : البحث أولاً عن التمليك بداعى التمليك. ثم في هذا المقام قال العلاّمة الطوسى : التصرفات المتوقفة على الملك إمّا هي البيع أو العتق أو الوطى . أما البيع فيعقل تمليك الانسان مال غيره بعوض يتملكه باذنه ، كما يعقل تمليك ماله بعوض يملكه غيره (وهكذا الاشتراء بثمن الغير متاعاً يتملكه) وتعريف البيع بمبادلة مال بمال انما هو في قبال التمليك مجّاناً . ويشهد عليه المضاربة فإن العامل يبيع مال المالك بعوض يملك مقداراً منه مما كان ربحاً ، ويدخل الربح في ملكه

لا انه يدخل في ملك البايع ، ثم يخرج منه بعنوان الأجرة .

هذا مضافاً إلى الاستدلال (بأوفوا بالعقود) و (المؤمنون عند شروطهم) .

لا يقال : عموم (أحلّ الله البيع)، لو سلّم شموله لمثل ذلك ، فمخصَّص بما دل على النهى عن (بيع ما ليس عنده) .

لأنا نقول : مع الأذن يخرج عن كونه بيع ما ليس عنده .

وأما العتق : فما دلّ على المنع من عتق غير المالك لا يشمل عتق المالك عن غيره ، فاذا صح ذلك صحّ أن يأذنه في ذلك .

وأما الوطى : فالإذن في ذلك تحليل ، إذ التحليل لا يحتاج الى لفظ خاص . وأما مع قصد المعطي الاباحة ففيما يتعلق باباحة التصرفات حتى المتوقفة على الملك نقول : التصرفات على نحوين :

احدهما : ما يكفي فيه الاذن من المالك فقط ، ولا شبهة في جوازه بمجرد ذلك .

ثانيهما : ما لا يكفي فيه ذلك ، بل يتوقف جوازه على عنوان خاص من العناوين الدخيلة فيه شرعاً ، ومن جملتها كون المتصرف مالكاً ، كما في البيع حيث يقال : لا بيع إلا في ملك ، وفي العتق حيث يقال : لا عتق إلا في ملك ، وفي المقاربة مع غير الزوجة حيث لا تكون إلا في الأمة المملوكة ، وفي الإخراج في الزكاة ، وفي الهدي ونحو ذلك .

ويشكل على جواز ذلك بأن جواز هذه التصرفات يتوقف على تحقّق سببها وهو الملك ، والإذن من المالك معناه الاذن فيما لم يتحقق سببه (نظير أن يأذن له في التصرف في غنمه ، فانه يختص بحلبه ، والأخذ من صوفه ، ولا يشمل أكله بغير ذبح) .

ولا معنى للإستناد إلى عموم (الناس مسلّطون على أموالهم) فان معناه السلطنة على إيجاد المسبّبات بأسبابها الشرعية .

ولا تدل على السلطنة على نفس الأسباب أي السلطنة على جعل ما ليس بسبب شرعاً سبباً .

قلت : أولاً إن عموم تجويز التصرف يشمل بيع ماله وعتقه ومقاربته ، وهناك عموم : لا بيع ، ولا عتق ، ولا مقاربة إلا في ملك ،

ومقتضى الأخذ بالعمومين هو أن المال والمعتق والأمة تدخل في ملكه آناماً .

نظير أنه إذا قال : أكرم جميع أصدقائي ، وقال : لا تكرم كل من لم يصلّ ، يؤخذ بالعمومين ويُحكم بأن كل صديق له يصلّى ، وكل من لا يصلى ليس صديقاً .

ونظير تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه ببيعه .

وانعتاق العمودين بمجرد شرائهما .

أو فيما قال لصاحبه : أعتق عبدك عني وعليَّ قيمته ، وتصرف المتعاطي بناء على الاباحة بالتصرفات المتوقفة على الملك ، فيستكشف بأحد المتلازمين ملازمه ، أو بالمعلول علته إنّاً .

* * *

ثم إن الشيخ بعد أن لم ير الإباحة كافية في التصرفات المتوقفة على الملك ، يقول : إمّا أن يكون إيجاد الموضوع من قبل المبيح أي التمليك الضمني ، وإمّا أن يدلّ دليل على الجواز بالخصوص ، وإما أن يكون بلحاظ أن زمام الأمر بيد المتصرف ، وعموم دليل السلطنة لا يكفي .

أما الأول فبأن يقصد المبيح للتصرف في ماله بالبيع والعتق ، توكيله في البيع وقبول الثمن له ، ثم هبة الثمن لنفسه ، أو نقل المبيع إلى نفسه بالهبة وبيعه لنفسه .

وكلاهما (أي المبيح للتصرفات والمباح له) غير مقصود لهما ، فان الاباحة والاذن لا يفيدان ذلك ، فالتمليك الضمني يتوقف على القصد ، وليس موجوداً ، وهما لا يقصدان التمليك والتملك .

نعم لو كان يقول بالصراحة : بعْ مالي لنفسك ، أو أعتق عبدك عني ، لكان هناك دليل الاقتضاء الذي عرَّفوه بأنه عبارة عما له دلالة مقصودة للمتكلم تتوقف صحة الكلام عقلاً أو شرعاً عليه كما في (واسأل القرية) و (أعتق عبدك عني)

وأما الثاني ففي مثل شراء العمودين حيث قال عليه السلام : « إذا مَلِك الرجل أحد عموديه عُتقاً عليه » والمراد : إذا ملك ملكاً غير مستقر ، أو ملكاً شأنياً وعقدياً ، فيقال بالملك التقديري آناًمّا .

وأما الثالث : فهو بيع ذي الخيار وعتقه ، وكذا الواهب ، فانه بذلك يحصل ملك حقيقي ، إذا البيع والعتق يكشفان عن الرجوع .

وأما الرابع : فالعموم إنما يشمل السلطة على المال فيما لا يخالف مؤداه القواعد الأخر ، مثل توقف انتقال الثمن على كون المثمن مالا له ، وتوقف صحة العتق على الملك .

إن قلت : الجمع بين هذا العموم الشامل للسلطنة على إباحة التصرف المتوقف على الملك وبين توقف البيع والعتق على الملك يقتضي المصير إلى الملك التقديري .

قلت : العموم لا يشمل السلطنة على هذه الاباحة ، إذ الناس مسلّطون على أموالهم ، لا على أحكامهم ، فالمالك إنما يبيح كل تصرف جايز شرعاً ، فدليل عدم جواز بيع مال الغير وعتقه لنفسه حاكم على عموم الناس مسلطون على أموالهم . نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنذر .

تقريب الحكومة : أن الشارع جعل السلطنة على ماله ، أي أجاز أنحاء التصرف ، فلا بدّ من أن يكون التصرف جايزاً ، فلو كان حراماً لكان مناقضاً لإجازته ، فدليل عدم مشروعية بيع مال الغير وعتقه يكون رافعاً لموضوعه ، وعلى هذا لا تصل النوبة الى المعارضة بالعموم من وجه .

والفعل لا يدل على الاباحة المعوضة إلا بقرينة المقاولة المتقدمة ، فان تسليط يد الغير لا يدل على الاباحة المالكية ، ولا على الإباحة الوضعية الاعتبارية .

ثم هل اللزوم تكليفي أو وضعي ؟ يمكن التفصيل بين أن يكون العوض في قبال صدور الإباحة ، فلا معنى للوضع ، فانها ترتفع برفعها ، غاية الأمر العصيان ، وبين أن يكون العوض في قبال التصرفات المرخّص فيها ، فلا بد من الوضع .

أقول : المباح له يستحق التصرف لا بمعنى الوضع الذي يقبل الاسقاط ، فان الاباحة ليست إلا ترخيصاً تكون الاباحة الشرعية على طبقه ، فليس إلا حكماً .

وعليه فلو رجع المبيح في إباحته عصى ، ولا يرخص للمباح له التصرف ، فانه لا يحل مال امرىء إلا بطيب نفسه .

لكن يمكن القول بأن الاباحة ها هنا إباحة عقدية انشاية ، فتفيد الوضع ، وعليه لو رجع المبيح في اباحته لم يكن له أثر .

وحيث إنه بمقتضى (أوفوا بالعقود) أو (المؤمنون عند شروطهم) ليس له الفسخ فالإباحة الوضعية الإنشائية باقية .

وبعبارة أخرى : (المؤمنون عند شروطهم) تفيد وجوب الوفاء تكليفاً ووضعاً ، وتدل بالملازمة على الصحة ، فالاباحة العقدية الانشائية لا تنفك عن موضوعها بالفسخ ، كما لا تنفك الملكية عن موضوعها بالفسخ بعد لزوم العقد ، فليس للمبيح ردّ إضافة الاباحة ، كما ليس له ردّ اضافة الملكية .

بل نقول : إن ظاهر الاباحة بالعوض هو جعل الاباحة التي لا رجوع فيها ، ودليل السلطنة يدل على نفوذ هذا الجعل ، ولازم النفوذ هو اللزوم .

وأما في الإباحة المعوّضة ، فهل العوض في قبال التصرفات المرخّص فيها خارجاً ، أو هي في قبال نفس الترخيص ولو آناًما ، نظير الثواب على العمل ، أو هي في قبال كون التصرف في العين ما دامت موجودة وباقية مرخصّاً فيها ؟ وحينئذ هل هي باقية في ملكه ، فللمبيح أن يبيعها ويهبها للغير ، أو هي باقية في الوجود الخارجي .

وعلى كل حال يصير العوض ملكاً للمبيح ، سواء تصرف المباح له أم لا .

ومن الممكن أن يكون النزول في الفنادق للمسافرين ، حيث يجعل كذا درهم لكل ليلة ، من هذا القبيل ، لعدم كونه إجارة ، بناءاً على المشهور من لزوم تعيين المدّة وعدم كفاية كل ليلة .

والتحقيق : أن الإباحة المعوضة تكون تارة في التصرفات المُتلفة كالأكل والشرب والاستحمام وإحراق الحطب للطبخ ونحو ذلك ، وأخرى في التصرفات غير المتلفة كالجلوس. والظاهر في الأولى كون

العوض بنحو ضمان المال بالمسمّى لا بقيمته أو مثله .

وعليه لا يكون العوض في قبال الترخيص فقط .

وأما في الثانية فيمكن الأمران ، ويتبع الموارد بالقرائن ، فالظاهر في مثل الفنادق أنه نفس الاباحة ، وفي مثل الفرش ونحوه هو التصرف على تأمل في ذلك .

هل تجري المعاطاة في غير البيع ؟

قال الشيخ الأنصاري قدس سره : « الخامس : في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود ، وعدمه . . . »

أقول : خص المصنف (قده) البحث بالعقود ، والظاهر جريان الكلام في الايقاعات أيضاً ، فالعنوان كلي ، والذي ذكره المصنف من عناوين المعاملات والأقوال فيها عبارة عن الإجارة والهبة والهدية والرهن والوقف .

والتحقيق : أن العناوين على أنحاء :

منها : ما هو أمر باطني لا يقبل إظهاره بالعمل ، كالنذر والعهد . وعدم جريان المعاطاة فيه واضح .

ومنها : ما لا يقبل الانشاء بالفعل ، وإن كان الفعل من لوازمه ، كما في الطلاق والعتق ، فإن إرسال الزوجة والعبد لا يكون طلاقاً وعتقاً ، فإن الإرسال من لوازم خلع الزوجية وفكّ الملكية ، ولا يتحقق به إنشاء الخلع والفكّ ، وإن كان قد قصدهما ، إذ المقصود لم يُنشأ ، واللازم ليس بأمر إنشائي . ومن هذا القبيل الصلح فان وضع أحد

المالين لدى أحد الطرفين والمال الآخر لدى الطرف الآخر أمر خارجي لا ينشأ به التسالم وان كان بقصده .

ومنها الوقف على الطلاّب أو على مجالس عزاء المعصومين عليهم السلام ، أو الوقف على الأولاد ، ونحو ذلك . فان الفعل الخارجي ورفع اليد لا يدل على شيء .

نعم ، في وقف الفرش للمسجد ونحوه يمكن أن يتأتى ذلك .

ومنها : ما اعتبر فيه اللفظ شرعاً كالوقف بناء على الإجماع ، وكالنكاح فإنه وإن قبل إنشاءه بالاضطجاع معاً ، فانه يلائم معناه اللغوي ،.لكن لا أثر له شرعاً .

ولعل الطلاق أيضاً كذلك ، وهكذا التحليل ، مضافاً إلى أن النكاح لازم والمعاطاة خاصتها الجواز ، فلا يلائم النكاح .

وربّما توهم أن حلية الاضطجاع تتوقف على الزوجية ، فلو حصلت الزوجية بالاضطجاع لزم اناطة الحلية بالاضطجاع الخارجي مع أن الحكم لا يعقل تعلقه بالموجود الخارجي .

وفيه : ان حلية الاضطجاع للزوجية لا يلزم أن يكون في زمانين ، بل المعلول والعلة في زمان واحد ، فالاضطجاع المؤثر في الزوجية يكون متعلقاً للحلية قبل وجوده .

وبعبارة أخرى : إرتفاع حرمة الاضطجاع يتوقف على الزوجية ، فلو حصلت الزوجية بالاضطجاع لزم أن يكون الشيء سبباً لارتفاع حكمه .

والجواب : أن الاضطجاع مع الأجنبية محرم ، وأما الاضطجاع الذي تحصل به الزوجية في آنٍ واحد لا حرمة له .

ومنها : ما ينافي حقيقته أن يقع معاطاة ، بناء على كونها غير لازمة كالرهن ، فان الوثاقة لا تحصل بغير اللزوم ، بل حقيقة الرهن هو الوثوق من عدم كون الدين هدراً ، وذلك لا يلائم الجواز .

وربما يقال : إن القبض شرط في الرهن ، فلو حصل به الرهن لزم اتحاد المشروط والشرط .

والجواب : أن القبض ، وان كان أمراً واحداً ، لكنه تتعدد فيه النسبة ، فبلحاظ نسبته الى الفاعل رهن ، وبلحاظ نسبته الى القابل شرط .

نعم يكن أن يقال : إن المعاطاة ليست جائزة مطلقاً ، بل تتبع مواردها ، ففي مورد الرهن الذي حقيقته متقومة باللزوم ، تكون المعاطاة لازمة .

ومنها : ما يتمحض في المعاطاة ، وهو ما اذا عمل العامل بقصد العوض من دون أن يملّك عمله للطرف ، وإنما كان بتسبيب منه ، كما إذا جلس لدى الحلّاق فحلق رأسه ، أو أعطى ثوبه للخياط من دون أن يملّكه الخياطة ، وعلى هذا فالاجارة في الأعمال لا تجرى إلا على التمحل الذي سنذكره .

ومنها : ما يقبل الأمرين كالهبة والهدية والوديعة والعارية ، والتصرف بقصد الفسخ ، أو بقصد الرجوع في المطلّقة ، وإجارة

المساكن التي تتحقق بتفويض مفتاح المسكن ونحوه .

ثم إن الدليل على صحة المعاطاة لمّا لم يكن منحصراً في السيرة ، حتى يشكل الأمر في غير البيع ، بل كان عموم دليل نفس العقد المنطبق على المصداق. أو عموم (أوفوا) كافياً ، فالخطب سهل . وبعبارة أخرى : كل فعل يقبل أن يكون مصداقاً للمعاملة العقدية أو الايقاعية ، ولم يقم برهان عقلي أو شرعي على خلافه ، ولم يعتبر شرعاً لفظ خاص فيها كان الشأن أن يتحقق به عنوانها إذا أنشئت به ، سواء دلّت السيرة عليه أو لا ، لكفاية عموم (أوفوا بالعقود)،وقد وقع الاختلاف في موارد من النكاح والهبة وغيرهما .

ومن جملتها الإجارة ، ويستدل المحقق الثاني على جريان المعاطاة فيها بأن الأجير لو لم ينشأ من قبله الايجار ، بل قال الأمر : إفعل كذا وأعطيك كذا ، استحق الأجرة ، وكذا إذا وهبه معاطاة أي وهب بغير عقد ، فان ظاهرهم جواز الاتلاف ولو كانت إجاره فاسدة لم يجز له العمل ولم يستحق الأجرة مع علمه بالفساد . وكذا لو كانت هبة فاسدة لم يجز الاتلاف بل مطلق التصرف . وهو ملحظ وجيه .

وقد اشكل الشيخ الأنصاري على ذلك بأن المعاطاة على مسلك المحقق الثاني مملّكة للعمل ، والأجرة ، ولم نجد من صرح به في المعاطاة .

﴿ملزمات المعاطاة﴾

قال الشيخ الانصاري قدس سره : « إعلم أن الأصل على القول بالملك اللزوم ، لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدّمة » .

أقول : الوجوه الثمانية هي :ـ

أولها : استصحاب مالكيّة الآخذ بعد رجوع المعطي .

ثانيها : قاعدة السلطنه ، حيث إن الآخذ له السلطنة على ما ملكه بالأخذ .

ثالثها : قوله عليه السلام ، « لا يحلّ مال امرىء الاّ بطيب نفسه » فبدون طيب الآخذ لا يحلّ ماله .

رابعها : حصر جواز التصرّف في التجارة عن تراض ، فان رجوع المعطي قهراً على الآخذ ليس بتجارة وليس هناك تراض .

خامسها : النهى عن الأكل بالباطل ، حيث إن نقل المال والتصرّف فيه قهراً بعد أن ملكه الآخذ أكل بالباطل .

سادسها : قوله : « البّيعان بالخيار ما لم يفترقا » فاذا افترقا فلا خيار .

سابعها : آية « أوفوا بالعقود »

ثامنها : (المؤمنون عند شروطهم)

قوله : « لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم ، وأصالة سلطنة المالك الثابتة قبل « المعاطاة »

أقول : استدلَّ على الجواز مع القول بالاباحة ، بالقاعدة ، وباستصحاب سلطنة المالك التي كانت له قبل المعاطاة . والبحث هنا في مرحلتين :

إحداهما : في أن الاباحة التي ذكرها ، هل المراد منها الإباحة المالكيّة أو الشرعية ؟

والثانية : كيف جمع بين القاعدة والأصل ، مع أن الثاني لا مجرى له مع الأولى .

أما المرحلة الأولى : فلو كان الأمر كما ذكره صاحب (الجواهر) من أن المعاطاة هي التي يقصد بها الإباحة فمن الواضح أن القاعدة جارية ، ولا مجرىً للاستصحاب . وإن كان الأمر على ما هو المشهور من أن المعاطاة يُقصد بها التمليك ، لكن الملكية لا تترتب عليها وإنّما الاباحة تكون أثرها ، وحينئذ يتوجه الكلام في أن هذه الاباحة هل هي الاباحة المالكيّة الضمنية ، بلحاظ أن يجعل المتاع تحت يد الغير ، ويسلّطه عليه راضياً بتصرّفه ، وداعيه وإن كان هو التمليك ولم يسلم له شرعاً ، لكن رضاه بالتصرف باقٍ على حاله . فتكون الاباحة الشرعية من أحكام هذه الاباحة المالكيّة ، وترتفع بارتفاعها ، وقاعدة السلطنة محكّمة ، ولا مجال للأخذ باستصحابها .

أم إن الإباحة إباحة تعبديّة شرعية محضة ، من دون أن يقال برضا المالك ضمناً ، فإنه قصد التمليك فقط ، وليس له رضا آخر ، وانما الشارع حكم بالإباحة فلا منافاة بين قاعدة السلطنة على التصرّف في المال المعطى ، والتعبّد الشرعي بالاباحة بالاضافة الى المعطى له ، فأن صدور المعاطاة من المعطي صار سبباً لإباحة تصرّف المعطى له ، ما دام المال مال المعطي ، فالمعطي إن أتلف ماله أو باعه تسقط الاباحة بسقوط موضوعها .

١ ـ تلف العوضين :

قوله : « فاعلم أن تلف العوضين مُلزم إجماعاً على الظاهر المصرّح به في بعض العبائر . أمّا على القول بالاباحة فواضح . . »

أقول : ما علّل به من كون التلف من مال مالكه ، ينافى ما تقدم منه من الالتزام بالملك آناًمّا ، وانما يتوّجه المصير إليه على بعض الوجوه .

والتفصيل أن القول بالاباحة على أربعة أنحاء :

أحدها : ما يظهر من صاحب (الجواهر) من أن مقصود المتعاطيين إباحة كلٍّ منهما ماله لصاحبه ، فعلى هذا يكون التلف في ملك المالك الأوّل من دون أن يضمنه الآخذ ، حيث لم تكن يده يد ضمان ، ولا إتلافه مضمّناً ، لمكان إباحة المالك بقول مطلق

ثانيها : ما يظهر من صاحب (المسالك) ومن العلاّمة الخراساني من الميل الى أنّ المعاطاة المقصود بها الملك يشترط شرعاً في تأثيرها التلف ، نظير اشتراط القبض في الصرف والسّلَم ، لكن يباح التصرف

في العوضين بمجرد التعاطي ، إمّا إباحة ظاهريّة ، بناء على أن التلف شرط متأخر ، وبتحققه في الخارج يكشف عن الملك من الأوّل ، أو واقعيّة ، بناء على أن الآن المتقدّم المقارن شرط لحصول الملكية ، وعلى كل حال يكون التلف في ملك الآخذ دون المالك الأوّل .

ثالثها : المصير إلى كون المعاطاة بيعاً فاسداً لا تؤثر في الملكية ، وان كانت مقصودة منها ، وانما يكون أثرها الاباحة المالكيّة بلحاظ أن تسليط يد الغير على المال يتضمن الرضا بالتصرف ، وعلى هذا فالتلف في ملك المالك الأول على حذو ما ذكر في الوجه الأوّل . ولا تجري قاعدة (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) فإن موردها ما يتمحّض في الرضا المعاملى ، ويكن التسليم الى الطرف الآخر جرياً على طبق المعاملة ، دون ما كان بنفسه دالاً على الرضا بالتصرف وبالجملة إن تلك القاعدة إنما هي فيما لا يكون من ناحية المالك سوى الرضا المعاملى رضاً آخر ، فلا تعمّ مورد المعاطة

رابعها : المصير الى أن المعاطاة المقصود بها الملك موضوع لاباحة التصرف شرعاً . والإجماع على عدم الضمان بسبب التلف يكشف عن حصول الملك آناًما قبله ، على ما تقدّم من المصنّف (قده) ، وعلى هذا فالتلف يكون في ملك الآخذ ، دون المالك الأول .

إلاّ أن يشكل عليه بأنه لا وجه لجعل الاجماع كاشفاً عن ذلك ، ضرورةأنّ إباحة التصرّف شرعاً بقول مطلق ، تمنع عن جريان قاعدة (ما يضمن) ، ولا مجال لضمان اليد أو الاتلاف ، فلا وجه للمصير

الى الملكيّة آنامًا ، فالتلف في ملك المالك الأول .

قوله : « وأمّا على القول بالملك ، فلما عرفت من أصالة اللزوم » .

أقول : توضيحه أن ما دلّ على لزوم البيع ، يستفاد منه عدم ارتفاع أثره بأي رافع يفرض، وأن عقده لا ينحلّ بالفسخ أو بمايلازمه من جواز الترادّ ، لكن الدليل أثبت ما يخالفه في المعاطاة ، والمتيقّن من مفاده هو جواز ترادّ العوضين بعينهما[1] وذلك لا يعقل إلاّ مع وجودهما في الخارج ، فاذا حصل التلف فلا موضع للجواز ولا مجال لما يلازمه من انحلال العقد ، وعليه لا وجه للمصير إلى جواز حلّ العقد الموجب للرجوع إلى المثل أو القيمة .

وبعبارة أخرى : إنّما كان يصار الى الجواز في بيع المعاطاة، فيما أمكن استرداد الموجود الخارجي الى الملك ، ومع عدمه يتمسّك باطلاق حكم العمومات الدالّة على اللزوم فان المتيقّن من تقييده هو الجواز ما دام العوضان موجودين ، وليس خروج المعاطاة عن عموم

(١) الظاهر أنّ هذا الجواز حكم تعبّدي نظير الرجوع في الهبة ، لا أنه حقّ يقبل الاسقاط ونحوه ، فالمالكان كما كان لهما التعاطي بينهما ، كذلك يكون لهما الترادّ . والحاصل أنّ الترادّ وإن كان الى الملك ، لكنّه حكم تعبّدي ، ولو فرض انه حق لم يضرّ بما نحن فيه ، فانّ المتيقّن من الدليل هو جواز ترادّ الموجود في الخارج فالحقّ مقصور على هذا المورد .

تنبيه : الترادّ الى الملك وحلّ العقد بالفسخ متعاكسان ، والأوّل موضوعه العوضان ، ويلازمه انحلال العقد ، اذ لا معنى لبقائه ، والثاني موضوعه العقد ، ويلازمه رجوع العوضين الى مالكهما .

دليل اللزوم بالتخصيص، حتى يقال بعدم جواز الأخذ به بعد مضيّ ما هو المتيقّن من زمان المخصّص، بل يمكن التمسك بالعام على مسلك العلاّمة الخراساني في (الكفاية) حيث يكون زمان المخصّص من الابتداء.

وبما ذكرنا اندفع ما يقال من ان الترادّ الى الملك لا يمتنع بتلف العوضين، حيث أنّ الملكيّة من الامور الاعتبارية، فيعقل استرداد التالف الى الملك.

وجه الاندفاع ان المتيقّن هو جواز ترادّ العوضين بعينهما، فلا يثبت الموضوع مع التلف.

مضافاً الى أنه لا أثر لاعتبار ملكيّة التالف بوصف كونه تالفاً، فانه لا يد عليه، ولا إتلاف بعده حتّى يترتّب الضمان بالمبدل، ولا وجه لاعتبارها فيه قبل تلفه، ضرورة أنّ الترادّ كالفسخ، وذلك من حينه لا من أصله.

قوله: «مع أنّ الشكّ في ان متعلق الجواز هل هو أصل المعاملة، أو الرجوع في العين، أو ترادّ العينين يمنع من استصحابه».

أقول لما عبّر بعض الاصحاب عن الجواز في المعاطاة بجواز الفسخ، وكان القول بجواز الترادّ بعنوان أنه هو المتيقّن فيشكّ في ارتفاع الجواز بعد التلف، ضرورة أنه لو كان متعلقه الفسخ لكان باقياً بحاله، وعليه يجرى استصحاب بقاء الجواز، أجاب الشيخ الأنصاري عن ذلك بالتمسّك بأصالة اللزوم، وهو في محلّه على ما

قدّمناه من التمسّك بالعام .

وأمّا لو قيل بعدم إمكان التمسّك به بعد مضيّ زمان المخصّص اذا كان مجملاً وانه يجرى استصحاب حكم المخصّص ، فالجواب عن ذلك أن هذا الاستصحاب لا يتمّ إلاّ بنحو استصحاب الكلّى في القسم الثاني من أقسامه(١) ، وهذا الاستصحاب في الموضوعات لا غبار عليه ، وأمّا في الاحكام فيشكل جريانه غالباً ، لعدم إحراز موضوعه . وما نحن فيه كذلك ، فانّ الشكّ في بقاء كلّى الجواز إنما هو للشكّ في موضوعه من حيث انه الترادّ أو الفسخ وليس من قبيل تردّد الكلّى بين فرديه : أحدهما القصير ، والاخر الطويل فليتدّبر جيّداً .

٢ ـ تلف احدى العينين :

قوله : « ومنه يعلم حكم ما لو تلفت إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك » .

أقول : من غير فرق بين أن يكون عدم اللزوم بدليل مستقل كالاجماع ونحوه ، او بلحاظ ما هو كالشرط في ضمن العقد . حيث ان التعاطى ليس كالقول دالاّ على الالتزام بما تسبّب اليه ، بل هو فعل خارجي يتضمّن لأن يكون له خلاف ما فعله فكما أعطى المال وملّكه لصاحبه ، فله ردّه إلى ملك نفسه . وحينئذ فان استرجعه خارجاً ، فهو

---

(١) فانّه ان كانت الحالة السابقة جواز ترادّ العينين فهو مرتفع قطعاً ، وان كانت جواز فسخ عقد المعاطاة فهو باق قطعاً ، فيكون الجواز الكلّيّ متيّقن الحدوث ومشكوك البقاء ، فيستصحب .

فعل في قبال الفعل ، وإن أظهر الندامة لساناً فهو إنشاء قولي في قبال الانشاء الفعلي ، فليتدّبر .

قوله : « فقد استوجه بعض مشايخنا وفاقاً لبعض معاصريه ، تبعاً للمسالك اصالة عدم اللزوم » .

اقول : لا بدّ من أن يكون المراد بتبعيّة (المسالك) فيما احتمله على خلاف ما قوّاه ، فانه قال : « ولـو تلفت إحداهما خاصّة ، فقد صرّح جماعة بالاكتفـاء به في تحقّق ملك الأخرى ، نظراً إلى ما قدّمناه ، من جعل الباقي عوضاً عن التالف ، لتراضيهما على ذلك ، ويحتمل هنا العدم إلتفاتاً الى بقاء الملك ، وعموم (الناس مسلّطون على أموالهم) والأوّل أقوى ، فان من بيده المال مستحقّ قد ظفر بمثل حقّه باذن مستحقّه فيملكه ، وان كان مغايراً له في الجنس والوصف ، فتراضيهما على ذلك »

قوله : « لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة،وملكه لها »

أقول : الوجه في عدم التمسّك بقاعدة السلطنة هو تطرق احتمال أن يكون التلف موجبا للملك ، ولذا استصحب بقاء الملك وبقاء السلطنة .

قوله : « وفيه انها معارضة بأصالة براءة ذمّتـه عن مثل التالف . . . »

أقول : المراد هو استصحاب براءة ذمّته ، لا ما هو المصطلح من أصل البراءة فانه اصل حكمي لا مجرى له مع الأصل الموضوعي . وحاصل المعارضة : انّ مالك العين الموجودة هو الذي تلف مال

الآخر عنده ، ولا يمكن الجمع بين استصحاب سلطنته عليها واستصحاب براءة ذمّته عن البدل ، لاستلزامه خروج ما كان معوضاً عن كونه كذلك ضرورة أنّ الاباحة لم تكن مجّانية ، فلا مسوّغ له في الرجوع إلى ما كان يملكه ، لتساقط الأصلين .

قوله : « والتمّسك بعموم على اليد هنا في غير محلّه » .

أقول : أراد بذلك سلامة أصالة السلطنة عن المعارض ، لعدم جريان أصل البراءة ، حيث تجري قاعدة اليد ، فانّها حاكمة .

وأجاب عن ذلك بأن معنى جريان القاعدة فيما نحن فيه هو التضمين بالبدل على تقدير الرجوع ، فإنّه لا ضمان قبل التلف ولا بعده لو لم يرجع ، والضمان التقديري لا تتكفلّه قاعدة اليد، فان مفادها التضمين بقول مطلق .

قلت : أوّلاً إن يد كلّ من المتعاطيين على مال صاحبه ليست يد إباحة مجانية ، بل معاوضيّة ، فهي يد ضمان قبل التلف .

وثانياً ان التقدير في الضمان هو من باب تعليق الحكم على موضوعه ، وتضمين اليد دائماً يكون كذلك ، فانّ معناها هو أنّ على اليد أن تؤدّي مال الغير اذا طالب ، فان كان موجوداً ردّه بعينه ، وإلاّ ببدله .

وما نحن فيه نظير التلف عند من عليه الخيار فكما يقال : ان يده يد ضمان ، وانه لو تلف المال عنده واسترجعه من له الخيار ضمن البدل ، كذلك يقال هاهنا لو تلف مال الغير عنده ، ورجع في مال نفسه ضمن ذلك .

والحاصل : أنّه بناء على ما ذكرناه تتمّ سلامة أصالة السلطنة عن المعارض ، لسقوط أصالة البراءة بالحكومة ، فلمالك العين الموجودة أن يرجع فيها بمقتضى أصل السلطنة ، وعليه أن يؤدي البدل[١] وذلك معنىعدم لزوم المعاطاة مع تلف أحد العوضين سواء كان التلف سماويّاً أو عمديّاً [٢] .

والتحقيق ان التفصيل بين القول بالملك والقول بالاباحة إنّما يتمّ على ما ذكره صاحب (الجواهر)من كونها مقصودة للمتعاطيين من أوّل الامر ، وأمّا بناء على أنهما يقصدان التمليك ـ كما هو المتعارف ـ فالمعاطاة في حدّ نفسها بيع بالحمل الشايع ، وتشمله عمومات أدلّة الملك واللزوم واطلاقاتها ، فالقول بالاباحة لا بدّ وأن يكون لدليل خارج يوجب التخصيص والتقييد .

فنقول : ان هذا الدليل كائناً ما كان ، حيث انه مجمل[٣] فلا يقاوم إطلاقات ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد ، وحليّة البيع ، فيقتصر في التقييد على ما هو المتيقّن ، فالقول بالاباحة إنما يمكن المصير اليه ما دام العوضان موجودين ، امّا اذا تلف أحدهما أو

---

(١) ولمالك العين التالفة كذلك أن يردّ ما عنده من العين الموجودة ، ويأخذ بدل ماله ، فان الجواز من الطرفين .

(٢) ضرورة أنّ عدم الضمان بالتلف السّماوي انما هو فيما لم تكن فيه جهة معاوضة أصلاً ، او لم يرجع المالك فيما جعله عوضاً .

(٣) لوضوح أنّه لم يقم دليل له ظهور في نفي الملكية على الاطلاق ، وكذلك الدليل على الاباحة ، سواء كانت مالكيّة ضمنيّة قد أمضاها الشّارع ، أو كانت تعبديّة محضة ، أيضاً مجمل .

بعضه ، فلا بدّ من الأخذ بتلك الاطلاقات ، بل والعمومات ، والحكم بالملكية .

والحاصل : أنه على القول بالاباحة لا بدّ من الحكم باللزوم بمعنى حصول الملكيّة اللازمة .

ثم أنّ ما ذكرناه يتمشّى حتى على ما ذكره الشيهد الثاني بقوله : اللّهم الاّ أن يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه ، حيث ان المتيقّن في اشتراط التلف في قبال العمومات والاطلاقات هو الاكتفاء بتلف أحدهما . وقد حكم قدس سره فيما تقدّم منّا في نقل كلامه بأنّه الأقوى ، لكنّه علّل ذلك بغير ما علّلنا به .

قوله : « ولكن يمكن أن يقال إن أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان . . . »

أقول : تقريبه أن الشكّ في الضمان مسبّب عن الشكّ في السلطنة ، ضرورة أنّه لولاها لم يكن له الرجوع ، ولا يكون عليه الضمان لعدم موضوعه .

وفيه : ان الأمر وإن كان كذلك ، الاّ أنّ ترتّب الضمان على الرجوع ليس بجعل شرعي ، بل انما هو من باب الملازمة ، حيث لا يمكن أن يكون التلف هدراً فيما لم تكن الإباحة مجانيّة .

وبعبارة أخرى : استصحاب بقاء العين الموجودة في ملك مالكها الموجب لسلطنته عليها ، لازمه ضمان المثل أو القيمة ، لا أنه سبب شرعي له ،

ولولا ما قلناه لأمكن العكس ، وجعل استصحاب عدم الضمان بذلك حاكماً ، فانّه يلازم تعين تلك العين الموجودة في البدلّية فلا سلطنة له على الرجوع فيها .

قوله : « مع أن ضمان التالف ببدله معلوم ، إلاّ أن الكلام في أنّ هذا البدل هو البدل الحقيقي - أعني المثل او القيمة - او البدل الجعلى .. »

أقول : توضيحه أنّه لا يمكن إجراء أصالة عدم الضمان بقول مطلق ، للعلم إجمالا بأنّه لا يذهب التالف هدراً ، فيدور الأمر بين أن يكون محكوماً شرعاً بضمان المثل والقيمة ، أو بضمان ما جعله في أصل المعاملة بدلاً ، حيث أنهما كانا يقصدان التمليك في التعاطي[1] على ما هو المتعارف من قصد المتعاطيين ذلك . والسّرّ في الدّوران كذلك ، هو احتمال أن يكون تلف احد العوضين سبباً شرعاً لملكية الآخر ، وبدليّته عن التالف ، وحيث لا أصل يعيّن بدليّة أحدهما بالخصوص ، فلا ينحلّ العلم الاجمالي ، وأصالة عدم بدليّة كلّ منهما تتعارض مع الأخرى وتتساقطان ، فلا أصل يعارض أصالة السلطنة[2] .

---

(١) فالبدلّية مجعولة منهما من الأوّل ، وانّما لم يمض الشارع ذلك ابتداءً على مسلك القائلين بالاباحة وهذا على مسلك غير صاحب الجواهر ، وأمّا على مسلكه فالبدل الجعلى هو ما جعلاه عوضاً في جهة الاباحة المطلقة .

(٢) اشار سيدّنا الجد قدس سره الى ان جملة (فلا أصل) في عبارة الشيخ الأنصاري يمكن أن تكون بهذا المعنى ، كما يمكن أن تكون بالمعنى المتقدّم الّذي عبّر عنه بقوله (وحيث لا اصل يعيّن بدلية احدهما)

قلت : نعم ، ولكن لا مجرى حينئذ لأصالة السلطنة ، فانها ـ على ما قدّمناه ـ من آثار التعبّد ببقاء الملكيّة ، والتعبّد به من لوازم عدم بدلّية العين الموجودة عن التالف ، فيتعارض مع معارضه ، فان التعارض بين الشيئين يسري إلى لوازمهما وآثارهما ، وعلى هذا فحيث لم يمكن التعبّد ببقاء الملكيّة لم يكن إجراء أصالة السلطنة .

قوله : « مضافاً إلى ما قد يقال من أن عموم الناس مسلّطون على أموالهم يدلّ على السلطنة على المال . . . »

أقول : أراد بذلك سقوط أصل البراءة بهذا الدليل ، ليسلم أصالة بقاء السلطنة عن المعارض .

ولكن كيف يعقل دلالة ذلك على أخذ المال بعد التلف ، فانّ الموضوع هو المال المضاف بالفعل الى المالك ، وقد سقطت هذه الاضافة بالتلف ، فان النسبة تنعدم بانعدام طرفها ، وحدوث إضافة جديدة بين المالك وبين بدل التالف يحتاج الى دليل آخر غير هذا الدليل ، لاستحالة أن يثبت الحكم موضوعه ، ولعلّ الشيخ الأنصاري (قده) أشار بقوله (فتدبّر) الى هذا المعنى .

٣ ـ لو كان أحد العوضين دينا في الذمة :

قوله : « ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين، فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته ، فيسقط عنه » .

أقول : لا حاجة الى الحكم بمالكيّة من في ذمّته ، ثمّ تفريع السقوط عليه ، فانه يتمّ المقصود وإن كان السقوط مترتّباً على البيع

نفسه ، نظراً الى انّ ترتّبه على حصول الملكيّة غير مستقيم برهانا ، ضرورة أنّه لا يعقل استناد عدم الشيء الى وجوده ، وكما يستحيل أن يلزم من وجود الشيء عدمه ، كذلك يلغو اعتبار ذلك ، لكن ما ذكره يبتنى على مسلك المشهور من أن البيع لا بدّ وأن يؤثّر في الملكيّة في كلّ مقام ، فيصحّح بيع الدين على من هو عليه والإشراء به ، وكذا شراء العمودين بحصول المكيّة آناً ما .

وأمّا على مسلك شيخنا الاستاذ قدّس سرّه من أن البيع هو تفويض ما عنده إلى المشترى ، وقطع ما كان من اضافته ، فيؤثّر تارة في التمليك ، وأخرى في السقوط ، وثالثة في الانعتاق ، ورابعة في غير ذلك

والحاصل : انّه على أيّ تقدير ، يتمّ ما استظهره من أنّه في حكم تلف احد العوضين الموجب للزوم على القول بالملك .

قوله : « لأن الساقط لا يعود »

أقول : حيث انّ العود يلازم كونه هو هو ، ومع تخلّل العدم لا يعقل ذلك ، وحدوث مثله كما في الفسخ بالخيار ونحوه ، لا يصار اليه الاّ بدليل يقوم عليه ، والاّ فهو تالف وله حكمه .

قوله : « ويحتمل العود[1] وهو ضعيف » .

أقول : أمّا وجه الاحتمال فهو أن ثبوت الدين في الذّمة كان

---

(١) أراد بذلك بيان الفرق بين السقوط والتلف ، بلحاظ أنّ التالف ما لا يمكن عوده ، فاذا احتمل العود في السقوط فلا يكون نظيره وفي حكمه .

بالاعتبار ، فعوده أيضاً يكون ذلك ، والاعتبار خفيف المؤونة . وبعبارة أخرى : ان الذمّة هي العهدة فتارة يعتبر كون الدين فيها ، وأخرى يعتبر عوده إليها بعد خروجه عنها . وأمّا وجه الضعف فهو أنّ العود قوام مفهومه إنما هو ببقاء الشيء فلا بدّ من اعتبار بقاء الدين ، واعتباره في فرض سقوطه هو اعتبار المتناقضين ، والعهدة ليست أمراً حقيقياً بحيال نفسها ، حتّى يتبادل فيها الدخول والخروج والعود ، بل قوامها بالاشتغال بالدين ، وبعد سقوطه لا عهدة في البين .

وبالجملة لا معنى للمصير إلى إمكان أن يعود الدين بعد سقوطه .

ان قلت : لو فرض التقايل بينهما مع كون أحد العوضين ديناً ، فكما تشتغل الذمة مجدّداً بسبب الاقالة ، ويقال بعود ما في الذمّة ، فليكن فيما نحن فيه كذلك .

قلت : إنّما ذلك بالعناية فانّه بلاقالة تتحقق ملكيّة جديدة لمثل الدين الذي كان مملوكاً سابقاً لاستحالة بقاء الملكيّة الأولى بعد سقوط موضوعها، وانّما يصار الى ذلك بمقتضى ما دلّ على صحّة الإقالة ، ولا يمكن ذلك فيما نحن فيه ، فانّ جواز المعاطاة عبارة عن ترادّ نفس العوضين الى الملك لا مثلهما[1] . فالعود بالعناية يحتاج الى قيام

---

(١) وبعبارة أخرى الملكيّة الحاصلة بالرّدّ أو الاسترداد ، وان كانت ملكيّة حادثة لكنّها متعلّقة بعين المملوك بالمعاطاة دون مثله . ثمّ ان ما ذكر من انّ جواز المعاطاة عبارة عن ذلك مبنيّ على ما تقدّم من انّ دليل الجواز ، في قبال عمومات اللزوم واطلاقاته ، لا يثبت أزيد ممّا هو المتيقّن ، وهو الذي ذكره سيدنا الجد قدس سره .

دليل عليه بالاستقلال ، ولا يمكن إثباته من ناحية جواز المعاطاة ، للزوم الدور . ضرورة أنّ بقاء جوازها يتوقف على صحّة هذا العود ، وإلّا كان مرتفعاً ، فلو أريد إثبات صحتّه بجواز المعاطاة كان ذلك دوراً .

وممّا ذكرنا ظهر أنه لا وجه لأن يستصحب جواز المعاطاة بتقريب أنّه يشكّ في ارتفاعه بسبب سقوط ما في الذمّة ، فانه :

أولّا : انّ المتيقّن السابق يقطع بارتفاعه .

وثانياً : لا معنى للتعبّد بثبوت مثل ما كان سابقاً ، فانه غيره ، وان كان بالعناية يقال انّه هو .

والحاصل ان المعاطاة فيما كان أحد العوضين ديناً تنعقد من الأوّل لازماً وليتدبّر جيّداً .

قوله : « والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالاباحة ، فافهم » .

أقول : أي على هذا القول أيضاً يسقط الدين عمن هو في ذمّته ، فيجرى فيه ما تقدّم من حكم تلف أحد العوضين ، وبناءً على عدم اللزوم يرجع في العين الموجودة والبدل هو مثل الساقط .

والسرّ في سقوط الّدين على ما ذكره العلّامة الخراساني هو « أنّ الظّاهر أنّ إباحة الّدين لمن عليه الدّين لا يُعقل لها معنى إلّا سقوطها » .

أقول : لو كان هناك دليل خاصّ في مورد المعاطاة مع كون أحد

العوضين ديناً ، ودلّ على حصول الاباحة بها ، فبدلالة الاقتضاء إما أن يستظهر ذلك ويكون كما لو صرّح أحد بتحليل صاحبه عمّا في ذمّته ، أو يؤوّل بأن المراد هو إباحة التصرّفات الناقلة ، وحصول الملك لمن عليه الدين قبل نقله .

وأمّا اذا لم يكن هناك دليل خاص فعموم ما دلّ على الاباحة لا يعقل شموله لهذه المعاطاة ، فان التصرّفات الانتفاعيّة بالدين لا معنى لها ، والتصرفات الناقلة تحتاج الى سبق الملك ، ولا ملك .

وعليه فاللازم على القول بالاباحة في المعاطاة ، هو المصير إلى بطلانها فيما كان أحد العوضين ديناً ، ولعلّه إلى ذلك أشار بقوله : « فافهم) .

٤ - نقل العينين أو أحدهما بعقد لازم

قوله : « ولو نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم ، فهو كالتلف على القول بالملك »

أقول : فانّه لما كان جواز الترادّ في المعاطاة حكماً ، لاحقّاً في العين حتى يمنع عن العقد عليها ، ولا حقّاً في حلّ العقد حتّى يمنع عن لزومه ، فيسقط ، لامتناع متعلّقه ، وعليه فالنقل كالتّلف يوجب اللزوم .

قوله : « وكذا على القول بالاباحة » .

أقول : لكن فيما كانت التصرّفات الناقلة متوقّفة على الملك ، وقلنا بحصول الملكيّة في آن قبل التصرف ، فانّه في هذا الآن لا بدّ

وأن يملك صاحبه ما بيده ، لعدم جواز اجتماع العوضين في الملك . وأمّا في التصرف الناقل غير المتوقف على الملك كالتصرّف فيه بأداء الدين به مثلاً فيأتي ما تقدّم من اللزوم بتلف إحدى العينين ، أو جواز الرّدّ والاسترداد بالنسبة الى العين الموجودة ، وأداء البدل عمّا انتقل .

قوله : « ولو عادت العين بفسخ ... »

أقول : أي بنوع من الفسخ ، امّا بحدوث حقّ الخيار[١] كما في الغبن عند ظهوره ، أو بالاقالة . والسرّ في تقييد ذلك بالفسخ ، دون العود الى الملك ، حتّى يعمّ ما اذا ورث ما نقله ، أو اتّهبه ، أو اشتراه ، او أخذه بالمقاصة ونحو ذلك ، وهو أنّ التملّك في مثل ذلك إنّما هو بسبب جديد لا يرتبط بالمعاطاة أصلاً ، فلا يشمله جواز الترادّ الذي هو عبارة عن ترادّ المملوك بالتعاطي لا مطلق المملوك .

نعم إن قلنا بأن في موارد الفسخ يكون السبب في الملكيّة هو نفس الفسخ بلحاظ أن الملكيّة الأوّلية قد سقطت بالنقل ، ولا يعقل عودها ، لاستحالة أن يعود الساقط ، كان ذلك ايضاً تملكاً جديداً خارجاً عن موضوع جواز الترادّ .

وأمّا إن قلنا بأن الفسخ هو حلّ العقد ، ورجوع العوضين الى ما كانا عليه ، وأن الداخل في الملك بعد خروجه كأن لم يخرج ، فالملكيّة الحادثة وان لم تكن هي الأوّليّة بشخصها ، لكنها مستندة الى ما كان بينهما من المعاطاة ، فيصحّ اعتبار كونها هي الأوّليّة[٢] .

---

(١) إشارة منه قدس سره الى انّه لو كان من الأوّل لم يفرض العقد لازماً .

(٢) لا يخفى أن ذلك اعتبار محض ، وواقع الأمرانَ الفسخ لاسيّما على ما هو الحق

قوله : «لإمكانه فيستصحب . . .» .

أي قد كان يجوز الترادّ في المأخوذ بالمعاطاة ، وقد منع عنه عدم إمكانه حين انتقاله الى الغير ، فلما زال المانع ، يشك في ارتفاع الجواز بتخلّل الانتقال الى الغير ، فيستصحب بقاؤه .

قوله : «فالموضوع غير محرز في الاستصحاب» .

توضيحه : انّه لم يثبت أن موضوع الجواز هو ترادّ العنين بقول مطلق ، حتّى يمتنع تارة ويتمكّن منه أخرى ، حتّى يشكّ في ارتفاعه بتخلّل الامتناع ، فيستصحب بقاؤه في حال التمكّن منه ، فانّه من المحتمل أن يكون الموضوع هو ترادّ هما بما هما مملوكتان بالتعاطي لم يطرأ عليهما الخروج عن الملك .

ومن الواضح انه غير باق ، وعلى ذلك فيستند الشكّ في بقاء الجواز الى الشكّ في بقاء الموضوع لا الى الشكّ في الارتفاع ، ومعه لا يصحّ الاستصحاب لعدم احراز موضوعه .

إن قلت: كان الأولى الحكم بعدم جريان الاستصحاب ، للعلم بالانتقاض ، بلحاظ أن جواز الترادّ قد كان مترتّباً على الملكيّة الحاصلة بالتعاطي ، وقد ارتفعت قطعاً بسبب النقل ، والتي تحصل بعد الفسخ هي غيرها ، لاستحالة عود المرتفع .

وبعبارة اخرى : هذه ملكية حادثة مستندة الى الفسخ ، لا إلى المعاطاة ، فلا موضوع أصلاً ،ولا بقاء للحكم قطعاً .

من كونه حلّ العقل من حينه لا من أصله ، هو المَملك ، غاية الأمر في ظرف سبق المعاملة بينهما .

قلت : إن الفسخ هو اعتبار حلّ العقد ورجوع العوضين الى ما كانا عليه ، فالملكيّة الحاصلة بعده هي الملكية المعاطاتيّة بحسب الاعتبار العقلائي ، وهذا المقدار يكفي في إمكان الاستصحاب .

وبتقريب آخر : انّ عقد المعاطاة كسائر العقود له اعتبار البقاء ، وقد منع عن ترتّب أثره عليه ما حدث من النقل الى الغير ، فلمّا ارتفع المانع بالفسخ ، ترتّب عليه ذلك ، فليس الفسخ تمام السبب للملكيّة الحاصلة بعده ، وعليه يصحّ القول باستنادها الى المعاطاة فيمكن اجراء الاستصحاب .

نعم حيث كان يحتمل تقييد الموضوع بعدم طروّ الخروج عن الملكيّة الابتدائيّة ، فلا يمكن إجراؤه لعدم احراز موضوعه .

قوله : « بل المحقّق أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل المقطوع بانتفائها »

أقول : من غير فرق في حصول القطع بالإنتفاء بين أن تكون هذه السلطنة هي ما تكون بالطبع لكل مالك في ماله ، أو السلطنة الحاصلة بالمعاطاة بلحاظ التعبدّ بالاباحة المعاوضيّة ، ضرورة أنّ مقتضى التعبد هو جواز ترادّ العوضين بما هما مباحان ، لا بما هما مملوكان بالملكيّة الحادثة .

قوله : « نعم ، لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل . . . »

أقول : لمّا حكم باللزوم على تقدير القول بالاباحة ، بلحاظ كاشفيّة العقد الناقل استدرك كلامه بأنّ ذلك لمّا لم يكن بنحو كاشفيّة

الامارة ، التي لا يوجب ارتفاعها ارتفاع المنكشف ، بل بنحو كشف العلّة عن معلولها ، الدائر مدارها ، والمرتفع بارتفاعها ، حيث ان ترتّب الاباحة على المعاطاة مع كون المقصود بها التمليك إنّما هو بمقتضى الدليل الموجب لتقييد إطلاقات أدلّة صحة البيع ، والقدر المتيقّن من ذلك ما إذا لم يتصدّ أحد المتعاطين للنقل ، فبمجرّد ان شرع فيه يحكم ـ بالنظر الى تلك الاطلاقات ـ بكونه مالكا[1] ، وبتماميّة ما شرع فيه بقبول المنقول إليه أو قبضه ، تتحقّق ملكيّة المنقول ، فشروعه علّة تامّة لملكيّة نفسه ، وجزء العلّة لملكيّة غيره ، فاذا حصل الفسخ انحلّ العقد الناقل وارتفع ، فارتفع كلا أثريه من الملكيّتين ، وعاد الملك الى المالك الأوّل ، فجواز الترادّ يثبت بمقتضى قاعدة السلطنة[2] .

هذا ولكن يشكل عليه بأنّ الفسخ للعقد مع المنقول إليه لا يرفع الّا أثره بالنسبة الى صاحبه ، ولا وجه لأن يرفع أثره بالنسبة الى نفسه .

ثمّ انّه يمكن تفسير عبارة الشيخ الأنصاري قدس سرّه بوجه آخر ، بأن يقال : انّ كاشفيّة العقد الناقل عن سبق الملك تتوقّف على عدم طرّو الفسخ ، فمتى حصل الفسخ وارتفع العقد تبيّن أنّ حقيقة النقل لم تكن حاصلة ، وانّما كان في البين مجرّد إنشاء لا يتوّقف على شيء ، فلا موضوع لدلالة الاقتضاء الكاشفة عن سبق الملك ، وعلى

---

(١) وبذلك يسبق ملكه على ملك المنقول اليه .

(٢) اي لا بالدليل الأوّل المثبت لجواز الترادّ ، فانّه كان مقصوراً على المأخوذ بالمعاطاة ، ولا يعمّ العائد بعد الفسخ .

ذلك فالعوضان باقيان على ما هما عليه من الإباحة .

هذا ويتوجّه عليه أنّ ذلك مبنيّ على كون الفسخ حلّ العقد من أصله بنحو الحقيقة[1] وكون العقد مشروطاً في تأثيره بنحو الشرط المتأخرّ مضافاً الى أنّه لا يلائم تعبير الشيخ الأنصاري بعود الملك ، والعود بالفسخ .

قوله : « لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الأوّل ، أو عائداً إليه بالفسخ » .

يمكن تفسير العبارة بأن المباح له حينما نقل ما عنده قد أخرجه عن ملك المبيح ، فأتلفه عليه ، وحينئذ فان كان البدل هو الواقعي (أي المثل والقيمة) فالعوض الآخر باقٍ على ملكه ، وان كان هو المجهول في التعاطي ، فيعود إليه بالفسخ لمكان عود المبدل الى مالكه ، كما انّه لو كان البدل هو الواقعي لسقط عن الذمّة لمكان عود مبدله .

قوله : « ويملك الثمن بالبيع ، كما تقدّم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع » .

يشير بذلك الى قوله : « ولكن الذي يظهر من جماعة ، منهم قطب الدين والشهيد في باب بيع الغاصب . . . » .

اقول : إن بيع مال الغير حقيقة ، وتملّك ثمنه لا مانع عن صحته إذا قام الدليل على جوازه ، على ما قدّمناه من عدم قيام الدليل العقلي

---

(١) أي لا بنحو التعبّد بعدم ترتيب الأثر من حين العقد .

أو النقلي على امتناع أن يخرج المال من ملك أحدهما ، ويدخل العوض في ملك صاحبه ،وأن ما يستظهر من البيع ، من تبادل طرفي الاضافة بين البايع والمشترى ، فانّما هو من الاطلاق ، وعدم قيام القرينة على خلافه ، لكن ما يرومه المصّنف (قده) على تقدير القول بذلك ، من عود الملك إلى المالك الأوّل ، وترتّب جواز الترادّ بمقتضى القاعدة ، ليس على ما ينبغي . فانّه لو كانت الاباحة في المعاطاة تشمل هذا النحو من البيع فحيث انها معاوضيّة يكون اخراج المبيع عن ملك المبيح موجباً لتملّكه بدله ، فلا يعقل أن يعود المبيع بالفسخ الى ملكه[1] لاستلزامه الجمع بين البدل والمبدل . فالمباح له هو الذي يملك المبيع بعد الفسخ لا المبيح ، فلا موضوع لسلطنته وجواز ترادّه . . .

والتحقيق ، حسب ما تبيّن فيما تقدّم : ان المعاطاة بعد ان كان المقصود بها هو التمليك ، إنّما لا تشتمله اطلاقات أدّلة البيع بالمقدار المتيقّن من دليل الاباحة ، وذلك فيما لم يطرأ على المأخوذ بالتعاطي ما يخرجه عن الملك ، وعلى هذا فلا بــدّ ـ متى ما طرأ ذلك ـ من ترتيب أثر الملك على طبق ما قصده المتعاطيان ، ولا مجال لما ذكر من العود بالفسخ وغير ذلك .

٥ ـ النقل بعقد جائز

قوله : « فالترادّ غير متحقّق »

أقول : ضرورة انّه من التفاعل المقتضى لصدور المبدأ من

---

(١) إذ ان مستلزم المحال محال بالضرورة .

الطرفين ، وجوازه يتبع امكانه ، وليس بممكن بالفعل ، وتحصيله وإن كان ممكناً ، لكن لا يجب تحصيله . فان المتعاطى إنّما كان عليه اجابة صاحبه في ترادّه إذا كان ما في يده ملكه فلا يجب عليه أن يفسخ ويعيده الى ملكه حتّى يتمكّن صاحبه من الترادّ .

قلت : لو فرض أنّه فسخ بطبعه وأعاده إلى ملكه ، لم يثبت جواز الترادّ فانّه كان في موضوع المأخوذ بالمعاطاة ، ولم يكن يعمّ المملوك بعد الفسخ ، وقد تقدّم نظيره في البحث السّابق .

قوله : « نعم لو كان غير معاوضة كالهبة . . »

إستدراك عن اللزوم على تقدير القول بالاباحة ، والمراد بالهبة ما كانت غير لازمة كما هو واضح ، ومحصّل كلامه : أنّه اذا وهب احدهما ماعنده ، فحيث انّه لم يكن يملكه فقد وهب مال صاحبه ، فيجوز لصاحبه الرجوع بنفسه ، وإرجاع الموهوب الى ملكه ، فيتحقّق موضوع جواز الترادّ .

قلت : أوّلاً ـ ما ذكره من جواز رجوع المالك فيه نظر ، ضرورة أن الوارد في الادّلة هو رجوع الواهب ، فلا يشمل هذا المالك ، لعدم صدور الهبة منه لا مباشرة ولا تسبيباً[1] .

الاّ أن يقال بتنقيح المناط ، بتقريب : أن العلّة التّامّة لرجوع الواهب هو كونه مالكاً ، ولا دخالة في صدور الهبة منه في ذلك ،

---

(١) بل ولا يشمل هذا الواهب أيضاً ، فانّه غير مالك ، فتكون هبة احد المتعاطيين بناء على القول بالاباحة ، هبة لازمة ليس فيها حقّ الرجوع لواحد منهما . نعم لوثبت أنّ مفاد الدليل هو رجوع الواهب على إطلاقه كان له الرجّوع .

وانما ذلك مورده .

وثانياً ـ ما ذكره بقوله : « اتّجه الحكم بجواز الترادّ » ان أراد به ما هو ظاهره من تحقّق موضوع الترادّ، ففيه : أنّ الرّجوع في الهبة لا هو عين الرجوع في المعاطاة ، ولا هو سببه ، ولا كاشف عنه . إلاّ أن يكون المراد هو حصول التمكّن من الترادّ بسبب ذلك .

وثالثاً ـ الترادّ المبحوث عنه في المقام هو ما كان من شؤون الاباحة المعاطاتيّة المتعبّد بها ، وقد كان موضوعها ما قصد المتعاطيان تملكيه ، ولا ثبوت لهذا الموضوع بعد رجوع المالك في الهبة . إلاّ أن يكون المراد من الترادّ هو سلطنة المالك على ماله .

ورابعاً ـ لمّا لم تكن الاباحة في المعاطاة ـ على القول بها ـ إباحة مطلقة مجّانيّة ، بل كانت بحيال الملكيّة المقصودة للمتعاطيين ، فكما انّها معاوضيّة بنحو الضمان بالمسمّى ، فكذلك هذه . وعليه فاذا وهب أحدهما ما عنده فقد أخرجه عن ملك صاحبه وأتلفه عليه ، وبمقتضى المعاوضة والضمان ملك صاحبه ما عنده بدلاً عنه ، وحينئذ فرجوعه في الهبة وعود الموهوب اليه يستلزم الجمع بين البدل والمبدل ، كما تقدّم آنفاً في نظيره فلا يعقل أن يكون له الرجوع في الهبة[1] .

---

(١) : فالواهب المباح له هو الذي يكون له الرجوع في الهبة ، ورجوعه فيها يستلزم ان يملك الموهوب بمقتضى المعاوضة بالضمان ، بل يمكن المصير الى انه قد كان ملك الموهوب آناً ما قبل الهبة ، بمقتضى الجمع بين جوازها منه ، وعموم دليل جواز الرجوع في الهبة ، وعدم امكان رجوع غيره هذا على تقدير تقييد رجوع الواهب بكونه مالكاً ، وإلاّ فالأمر واضح .

ولا يتوهّم : أنّ ذلك من قبيل بدل الحيلولة وبسبب ملكه للموهوب يعود البدل الى الواهب المباح له .

لاندفاعه : بأنّ بدل الحيلولة إنما هو فيما حال بينه وبين ملكه حائل ، لا فيما خرج عن ملكه واقتضى المعاوضة والضمان ملك بدله .

مضافاً إلى أنه كونه من قبيله يتوقّف على جواز رجوعه في الهبة ، وكذا العكس ، وذلك دور .

والحاصل : أن المعاطاة تكون لازمة مطلقاً على كلا القولين ، فليتدبّر جيّداً .

قوله : « ولو باع العين ثالث فضولاً ، فأجاز المالك الأوّل . . . »

أقول : أمّا بيعه وتصرّفاته الناقلة فيجرى في ذلك ما يبحث عنه في أحكام الخيار في بيع من له خيار الفسخ وتصرفاته ، حيث أنّ جهة البحث واحدة .

وأمّا إجازته فهل هي بنفسها رجوع ، أو كاشفة عنه ، أو لا يعقل شيء من ذلك ؟ فيه بحث ونظر . ويتبيّن الأمر من الجواب عمّا يرد من جهات الاشكال .

منها : أنّ إجازة المالك الأوّل لا أثر لها ، لعدم ملكه فعلاً ، وانّما له أن يعيد الملك الى نفسه ، وذلك معنى يغاير معنى الاجازة (أعني تنفيذ بيع الفضول) فكيف يحكم بأنّ اجازته رجوعه ؟

وفيه : أن المالك الأوّل حيث انّه بصدد تنفيذ بيع الفضول ، ولا

يتيسّر له ذلك بدون الرجوع ، فهو قاصد له في إجازته ، فلها نحو من الدلالة الالتزاميّة عليه .

ومنها أن اجازته تتوقّف على ملكه ، وهو يتوّقف على رجوعه ، فلو كان الرجوع هو الاجازة أو حاصلاً بها لزم الدوّر .

وفيه : ان المتوقّف هو صحّة الاجازة وتأثيرها ، والموقوف عليه هو تحقّق الرجوع خارجاً فلا دور .

وبعبارة أخرى : انّ الاجازة من حيث صدورها ممّن له إعادة الملك الى نفسه رجوع ، ومن حيث تعلّقها ببيع الفضول تنفيذ وتعدّد الحيثية يمنع عن الدّور .

ومنها : أنّه لو كانت الاجازة رجوعاً لزم أن تكون سبباً لملكيّة نفسه وملكيّة المشترى في آن واحد لمال واحد ، وذلك غير معقول ، وهما ضدّان لا يجتمعان ، بل حيث انّ تمليك الغير لشيء يلازم إخراجه عن نفسه ، فالاجازة سبب لدخول المال في ملكه وزواله عنه في آن واحد ، وهذا المحذور لا يرتفع بتعدّد الحيثية ، فان الاجتماع كذلك يستحيل ، وان تعدّدت الحيثيات .

وفيه : أن المجيز حيث انّه بصدد تنفيذ بيع الفضول فله إرادة إرجاع الملك الى نفسه ، حتى يتمكّن ممّا هو بصدده ، وهذه الارادة هي السبب في عود الملك الى نفسه ، والاجازة كاشفة . وبهذا اللحاظ نقول بأنّها رجوع .

ولا يتوّهم : أنّ الارادة لا أثر لها في باب المعاملات .

لا ندفاعه : بأن ذلك في الارادة الباطنة المحضة ، دون المدلول

عليها بقول أو فعل ، ولو إلتزاماً . فرجوع الملك الى نفسه مسبّب عن إرادته المنكشفة ، وحدوث ملك المشترى مسبّب عن الاجازة .

إن قلت : اذا كانت دلالة الدليل دخيلة في تأثير الارادة فهو مشروط بقيام الدالّ عليه ، وهو فيما نحن فيه الاجازة ، وحينئذ فرجوع الملك الى نفسه يتحقّق بعدها قضاءً لحقّ الشرط ، فانّه دخيل في فعليّة الأثر وعليه يعود المحذور .

قلت : انّما يتحقّق الرجوع بالارادة حين اقترانها بالاجازة الكاشفة ، لا باشتراطها بها حتّى يكون الأثر بعدها أو يصار الى تحققه قبلها بنحو الاشتراط بالمتأخّر .

هذا مضافاً الى انّ تأثير الاجازة في ملك المشترى لمّا كان مشروطاً بملك المجيز ، فالملكيتان مرتّبتان ، وإحداهما في طول الأخرى ، فالاجازة بما انّها كاشفة عن إرادة الرجوع دخيلة في ملك المجيز أوّلاً[1] وفي ملك المشترى ثانياً ، من دون أن يحصل الاجتماع بين ملكيهما ، وتأثير أمر واحد في تحقّق أمرين مترّتبين لا مانع عنه ، سواء كان تأثيره في ذلك بنحو السببيّة لكليهما ، أو بنحو الشرطيّة ، أو بالاختلاف .

قوله : « وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالاباحة» .

أقول : الاشكال في إجازة المباح له إنما هو من حيث انه ليس بمالك ، وانّما يجوز له التصرّف ، وفي مورد بيع الفضول كان هو

---

(١) سواء كانت هذه الدخالة بنحو السببيّة ، أو بنحو كون الدلالة شرطا في سببيّة الارادة للرجّوع .

المتصرّف دون المباح له . فاجازته إجازة تصرّف الغير ، ولا شأن لها .

ويندفع ذلك : بأنّ إسناد التصرّف الى الفضول ليس إلّا بالعناية ، والمتصرّف بالحقيقة هو المجيز ، فالتصرّف البيعي من المباح له باجازته .

قوله : « ولكل منهما ردّه قبل اجازة الآخر »

أقول : يحتمل كونه راجعاً الى القول بالملك ، لكنّا نبحث فيه على كلا القولين فنقول :

أ ـ أمّا على القول بالملك ، فالمالك الثاني له الرّدّ وهو واضح وأمّا المالك الأوّل فربّما يستشكل في ردّه من حيث أنّه غير مالك ، وانّما له حق الرجوع ، وردّ بيع الفضول أجنبيّ عنه لكن يمكن أن يقال : لما كان له ان يجيز ، فله أن يردّ ، لمكان التلازم بينهما ، وكما انه كان يقصد باجازته الرجّوع في المعاطاة ويترتّب عليها تنفيذ بيع الفضول ، كذلك يقصد بردّه الرجوع فيها فيملك[٢] ويكون ردّه موجباً لبطلان بيع الفضول .

ب ـ وأمّا على القوب بالاباحة فالمبيح له الرّدّ فانّه المالك ، وأمّا المباح له فلا يخلو ردّه من إشكال حيث انه غير مالك ، وليس الردّ يعدّ تصرّفاً حتّى يصار إلى جوازه وتأثيره .

الّا أن يقال : أنّه لمّا كان له أن يتصرّف بالبيع مباشرة ، او باجازة

---

(٢) ولو فرض انه أجاز المالك الثاني بعد ذلك ، لم يكن لها أثر ، لخروج المبيع عن ملكه ودخوله في ملك صاحبه .

بيع الفضول فله أن يبقيه عند نفسه ، بعدم بيعه ، وبالمنع عن بيعه الصّادر من الفضول .

والحاصل أنّه بناء على انّ كلّ من له الاجازة له الردّ ، يكون لكلّ منهما ردّه على كلا القولين .

قوله : « ولو رجع الأوّل فأجاز الثاني ، فإن جعلنا الاجازة كاشفة لغا الرجوع » .

أقول : الظاهر أن المراد هو المالك الأوّل والمالك الثاني ، والرّجوع في المعاطاة يعمّ ما اذا كان بالصّراحة ،أو في ضمن بيعه لما انتقل عنه ، أوردّه لبيع الفضول .

وإنّما لم يقل : لو رجع أحدهما وأجاز الآخر ، لأنّه لو كان الأمر بالعكس ، وكان الرجوع من الثاني والاجازة من الأوّل صحّ كلاهما حيث أنّه برجوع المالك الثاني في المعاطاة يعود ما باعه الفضول الى المالك الاوّل ، وإجازته إجازة المالك بالفعل ، فيؤثّر كلّ منهما اثره .

قوله : « فان جعلنا الاجازة كاشفة لغا الرّجوع »

أقول : هذا على القول بالكشف الحقيقي ، بمعنى كون الاجازة أمارة على اقتران عقد الفضول بالرضا الباطني من المالك ، والذهاب إلى الاكتفاء به في صحّة عقده واضح[1] كما أنه لا مجال له على

---

(١) ضرورة انّ الرجّوع في المعاطاة انّما يؤثّر اثره إذا كان المال باقياً في ملك المتعاطى ، ومع انكشاف صحّة عقد الفضول يتبيّن أنّه كان حين رجوعه خارجاً عن ملكه .

القول بالكشف الحكمي أو الانقلابي ، فانّهما في حكم النقل الذي سيذكر القطع بلغويّة الاجازة على القول به .

وأمّا على القول بالكشف بنحو الشرط المتأخّر ، سواء جعل الشرط نفس الاجازة أو عنوان التعقّب بها ، فربما يقال : انّه يجرى عليه ما ذكر في الكشف الحقيقي ، فانّ الاجازة أسبق تأثيراً من الرجوع ، والمدار على سبق الأثر ، فسبق الرجوع على الاجازة لا يرتّب عليه شيء فيكون لغواً .

لكن لا يخلو ذلك من نظر فان الاجازة[1] انّما تؤثر إذا كان العقد باقياً إلى حين صدورها ، بحيث لم يطرأ عليه ما يبطلها ، حتّى يصحّ انتسابه الى المجيز ،وكونه كذلك يتوّقف على عدم تأثير الرجوع أثره ، وذلك يتوقّف على تأثير الاجازة ، فلا يمكن ترتّب الاثر على الاجازة ، لاستلزامه الدور ، بل لا بدّ من الحكم بعدم تأثيرها بمقتضى ما ذكر من لزوم بقاء القصد إلى حين صدورها ، كما انه لأجل ذلك يحكم ببطلانها اذا باع المالك متاعه غافلاً عن بيع الفضول ، ثم اطلّع على أنه كان قد باعه ، فأجاز بيعه . فكما لا يقال حينئذ بلغويّة بيع المالك ، كذلك فيما نحن فيه لا يقال بلغويّة الرجوع ، فيرتّب عليه الاثر ، ولا يبقى للاجازة مجال .

اللّهمّ إلاّ أن يقال : « إ ن ترتّب الأثر على الرجوع يستلزم

---

(١) سواء كانت دخيلة بنفسها من أجل الشرطيّة أو بلحاظ كونها ظرفاً لعنوان التعقّب الذي هو الشرط ، فان هذا العنوان يتوّقف ثبوته على مجيء الاجازة ، ووجودها في الخارج في نظام التكوين .

الدور ، حيث انّه يتوقّف على بقاء المال في ملك صاحبه ،حتّى يعيده الى نفسه وبقاؤه كذلك يتوقّف على عدم تأثير بيع الفضول في ظرف عقده ، وذلك يتوقف على عدم تأثير إجازته ، وعدم تأثيرها إنما هو بسبب ترتّب الأثر على الرّجوع فتدبّر جيّداً .

٦ ـ امتزاج العينين :

قوله : « إحداهما لو امتزجت العينان أو إحدهما . . . »

أقول : الامتزاج المبحوث عنه ما إذا لم تتبدّل الصّورة النوعيّة ، ولم يحصل الاستهلاك ، والاّ فهو ، بحكم التلف .

ثمّ انّ الامتزاج تارة : بين كلّ من العينين مع الأخرى ، فتحصل الشركة بين مالكيهما على القولين في المعاطاة .

وأخرى : بين ما في يد الآخذ ، ومال الثالث ، فتحصل كذلك على القولين .

وثالثة : بين ما في يد الآخذ مع ساير أمواله ، فعلى القول بالملك لا شركة في البين ، وعلى القول بالاباحة يشترك فيه المعطي والآخذ .

ورابعة : بين ما في يده مع ساير أموال المعطى ، فبالعكس من سابقه ، فانّه على القول بالاباحة لا شركة ، وعلى القول بالملك يشتركان فيه .

هذا كلّه قبل الرجوع .

قوله : « سقط الرجوع على القول بالملك لامتناع الترادّ »

أقول : ينبغي ذكر مقدّمة ، وهي إنّ الشركة الاشاعيّة بين اثنين مثلاً ، تارة يقال : انّها عبارة عن قيام ملكيّة واحدة لمال واحد بشخصين ، ويدفع توهّم محذور قيام عرض واحد بموضوعين ، بأنّ ذلك في الموجودات الخارجيّة دون الاعتباريّة التّي تكون الملكيّة منها .

وأخرى : يقال بقيام ملكيّتين ناقصتين بشخصين مع وحدة المملوك . ويدفع بأنّ محذور اجتماع الملكيّتين انّما هو فيما كانتا تامّتين ، وبالنظر الى ذلك يقال : ان القسمة عبارة عن ارتفاع ما لكلّ منهما من الملكيّة النّاقصة على ما أفرز لصاحبه ، وانضمامها الى ملكيته الناقصة على ما أفرز لنفسه ، فيكون لكلّ منهما ملكيّة تامّة على نصيبه .

وثالثة : يقال بتعدّد الملكيّة والمالك والمملوك فكلّ منهما مالك للنصف المشاع[1] وكلّ جزء يفرض للمال ، فان نصفه لأحدهما ونصفه للآخر .

والظاهر من المشهور ذهابهم الى هذا القول . ولعلّه هو الموافق للاعتبارات العقلائيّة التي يطابقها الاعتبار الشرعي ، ولا ينافى ذلك عدم الامتياز بين الملكين في الخارج حيث ان العين لما كانت قابلة للكسور العشرة فمهما تعدّد المالك كانَ لكلّ منهم شيء من الكسور على عددهم ، وبهذا اللحاظ كان ما يملك كل منهم متعيّناً يجري عليه ما يجري على سايرَ الأملاك . وعلى كلّ تقدير تختلف هذه

---

(١) هذا في مفروض المثال من كونهما اثنين ، فلو كانوا ثلاثة فلكلّ ثلث ، وهكذا .

الملكيّة مع الملكيّة الانفرادية التامّة المتعلقة بتمام المملوك .

ثمّ ان هذه الاقوال في الملك المشاع من أصله ، كما لو ورث اثنان من أبيهما المال أو ابتاعا معاً شيئاً أمّا لو مزج أحدُ ماله بمال غيره ، أو حصل بينهما الامتزاج قهراً ، فهل تحصل الشركة بأن تتبدّل الملكيّة الانفرادية إلى الوحدة الاجتماعيّة ، او تتبدّل من الكمال في دائرة صغيرة الى النقصان في دائرة كبيرة ، أو يقع بين الأجزاء التبادل في الملكيّة ، أم الملكيّة الأوليّة باقية على حالها ، وكلّ منهما يملك في نفس الامر ما كان يخصّه من الأجزاء ، وعدم الامتياز خارجاً انّما يوجب عدم المعرفة بما يختصّ به كلّ واحد لا أنّه يوجب الشركة ؟

ظاهر المشهور حصول الشركة بمجرّد الامتزاج ، فانّه الموافق لاعتبار عرف العقلاء ، فانّ مالك الممتزج إذا أراد البيع يقول : بعتك ما هو لي من نصف هذا أو ثلثه أو ربعه ، الى غير ذلك . ولا يقول : بعتك ما هو لي من الأجزاء في نفس الامر . وهكذا الامر فيما يظهر من الشرع حيث انّه يوافق اعتباره اعتبارهم ، ولذا لا يجري شرعاً في مثله ما يجري على الاملاك المبهمة المردّدة بين أربابها .

وبعبارة أخرى : إنّ الملكيّة لا بدّ لها من مصحّح اعتبار ، ويدور أمرها مداره ، فلمّا ارتفع ذلك بسبب المزج وعدم التميز ، فلا بدّ من أن يكون اعتبارها في المتعيّن من النصف والثلث وغيرهما من الكسور ، فليتدبّر جيّداً .

اذا عرفت ذلك فنقول : لمّا كانت العمومات والاطلاقات تقضى بالملك واللزوم في المعاطاة ، فانّها بيع بالحمل الشايع ، وانما يقال

بالجواز أو الاباحة بدليل منفصل ، وحيث أنّه لو تمّت دلالته مجمل يقتصر في الخروج عن مقتضى العموم والاطلاق بالمتيقّن منه ، وذلك فيما يمكن ترادّ العوضين بعينهما بمالهما من الامتياز في نفسهما ، وفي جهة قيام ملكيّة كلّ منهما بشخص مالكه ملكيّة تامّة ، وبالامتزاج يمتنع ذلك سواء قلنا في المعاطاة بالملك او الاباحة ، وسواء قلنا بحصول الشّركة أو بعدمه ، فانّه على القول بحصولها قد طرأ الاختلاف[١] إمّا في ناحية المالك ، حيث إنّه ليس بشخصه بل مع صاحبه أو ناحية الملكيّة ، حيث انها صارت ناقصة ، وفي متعلّقها متّسعة ، أو ناحية ملك العين حيث انّها صارت مشاعة ، وكذا على القول بعدم حصولها أي بقاء الأجزاء الواقعية على ما كانت عليها في جميع جهاتها إلاّ من حيث الامتياز ، فانّ ارتفاع هذه الحيثيّة تمنع عن ترادّ ما هو مشخّص وممتاز غير مشتبه بمال صاحبه او بمال الغير .

نعم بناء على هذا القول ، وكذا على القول بالاباحة في المعاطاة يمكن المصير الى الترادّ فيما اذا امتزج ما اخذه المتعاطى بسائر أموال المعطى ، فانّه لورجع المعطي كان ذلك مجرّد اختلاف حكميّ فقط[٢] .

أمّا على القول بالشركة والقول بالملك في المعاطاة فلا يتأتّى الترادّ حتّى في هذه الصورة ، ضرورة حصول الاختلاف في الملكية

---

(١) وبهذا البيان يندفع ما ربما يتوّهم من أنه بالرجوع يشترك مع صاحبه او مع الغير ، فانّ الشركة تتفرع على امكان الرّجوع ، ومع عدمه كيف يمكن حصولها ؟ .

(٢) امّا في ملكيّة الاجزاء الواقعيّة او في اباحة ما ابيح للمتعاطى .

الحاصلة للآخذ بسبب المعاطاة في جهة من جهاتها على الأقوال المتقدّمة في معنى الشّركة .

قوله : « امّا على القول بالاباحة فالأصل بقاء السلطنة . . . »

عرفت ممّا تقدّم ما هو مقتضى العمومات والاطلاقات ، فلا مجال لهذا الأصل ، سواء أريد به الاستصحاب ، أو القاعدة ، الاّ في صورة واحدة ذكرناها آنفاً .

٧ ـ التصرّف المغيّر للصورة

قوله : « ولو تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للصورة كطحن الحنطة وفصل الثوب »

أقول : ومثل ذلك ساير الصّور العارضيّة كالصياغة والصبغ والخياطة والنسج والغزل ، الى غير ذلك من الامور التي لا تكون بسببها باقية على ما كانت عليه من الصفات والعوارض .

قوله : « فلا لزوم على القول بالاباحة » .

والسّر : أن العين باقية عند المتعاطى ، غير تالفة وغير منتقلة الى الغير ، ولم تحصل الشركة .

والتحقيق : أوّلاً ـ ليس الأمر كذلك على إطلاقه فانه ربما تزيد قيمته فتحصل الشركة في ماليّته ، على ما هو الأوجه وقد تقدّم في نظيره أن الشركة تمنع عن الرّد، أو قد تنقص القيمة . فيحصل الضمان ، نظراً الى أن الاباحة لم تكن مطلقة بل حالّة محلّ التمليك بالضمان الذي قصده المتعاطيان ، وبنقص القيمة ،حصل

التلف في ماليّته مضموناً عليه بالمسمّى .

وثانياً : المدار في البقاء عند المتعاطى هو البقاء على ما هو عليه ، ويكفي في عدمه مجرّد الاختلاف بشيء من هذه العوارض مطلقا ، حتّى فيما لم تزد قيمته ولم تنقص .

ويشهد على ذلك ما في الحديث من جعل قطع الثوب ، وخياطته ، وصبغه في قبال قيامه بعينه ، فقد روى جميل عن أبي عبد الله عليه السلام : « في الرجل يشتري الثوب والمتاع فيجد به عيباً قال : ان كان الثوب قائماً بعينه ردّه على صاحبه ، وأخذ الثمن ، وان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب »

وثالثاً : كان مقتضى العمومات والاطلاق هو الملك في المعاطاة ، فانّها بيع بالحمل الشايع ، وحيث كان دليل الاباحة من الاجماع ونحوه مجملاً يقتصر في الخروج عنه بالمتيقّن منه ، وهو ما اذا كانت العين باقية بعينها لم يطرأ عليها شيء من تلك الأمور ، فالأقوى هو اللزوم وحصول الملك .

قوله : « وعلى القول بالملك ففي اللزوم وجهان مبنيّان على جريان استصحاب جواز الترادّ » .

أقول : فيه انّه ـ على ما تقدّم ـ لا مجال للاصل مع تلك العمومات والاطلاقات القاضية بلزوم الملك ، سواء قيل بأنّ الموضوع في الاستصحاب عرفيّ أو حقيقي ، وفي (المسالك) : « عن بعض الأصحاب القول باللزوم مع طحن الحنطة وصبغ الثوب ، لامتناع الترادّ بسبب الأثر المتجدّد » .

ولعلّ ذلك بالنظر الى ما ذكرناه من أن جواز الترادّ انّما يُصار اليه مع بقاء العينين على ما هما عليه في جميع جهاتهما ، فليتدبّر جيّداً .

قوله : « ثمّ انّك عرفت ممّا ذكرناه . . . » .

أقول : لم يتقدّم ذكره صريحاً ، وانّما عُرف ذلك من فحوى كلامه[1] حيث جعل جواز الرجوع في قبال جواز البيع الخياري ، وحكم بأنّه ليس مثله في كونه من عوارض العقد .

وبالجملة فالظاهر أنّه لا ريب في أنّ جواز الرجوع في المعاطاة حكم بمعنى الترخيص ، لا أنّه حق وحكم وضعيّ ، ولو شك في ذلك فآثار الحقّ لا تترتّب بمقتضى اصالة العدم .

قوله : « نظير الفسخ في العقود اللازمة » .

أي في كون جوازه ناشئاً عن الحقّ وإن كان نظيره في انحلال العقد بسببه ، ولعلّه لذلك عبّر بعض بجواز الفسخ في المعاطاة ، لكنّ الفرق بينهما أنّ خيار الفسخ حقّ حلّ العقد ابتداء ، والرّجوع في المعاطاة يرفع الموضوع فلا يبقى العقد .

قوله : « حتّى يورث بالموت » .

أقول : بمقتضى عموم قوله : « ما ترك الميّت من مال أو حقّ فهو لوارثه » .

قوله : « وعلى القول بالاباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام » .

أقول : يتوجّه عليه أنه لو كان كذلك ، لزم أن لا يرث الوارث ما

---

(١) عند كلامه ، في الأول من ملزمات المعاطاة وهو التلف .

كان في يد المورث ، ولا يباح له التصرّف فيه ، ولزم المصير إلى بطلان المعاطاة بالموت ، مع أنّ السيرة المستمرّة قائمة على تعلّق المواريث بما كان في يد المورث كما تقدّم من بعض الأساطين في ما ذكره من تأسيس قواعد جديدة ، فلا محالة يستكشف الملك آناًما قبل الموت .

قوله : « بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التّصرّف » .

أقول : كيف يحكم بذلك مع القول بأن الاباحة قد ثبتت بدليل شرعيّ على خلاف ما قصده المتعاطيان من التمليك ؟ فانّه يبنى عليها حتّى مع العلم بالكراهة باطناً .

اللّهم إلّا أن يقال بالاجمال في دليل الاباحة ، واحتمال كونها على طبق الرضا المستكشف ضمناً من تسليط كلٍّ منهما صاحبه على ماله .

وعليه لو علم المتعاطي بأن صاحبه يكره تصرّفه بغير جهة الملك لم يجز له التصرّف من الأوّل .

قوله : « لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك » .

أقول : فان الجواز كان للمتعاطي دون وارثه ، والمفروض أنه لا يرث الجواز ، وكذلك لم يجز ان يرجع الطرف الآخر على وارث الميّت فانّه قد انتقل الملك منه اليه ، فيسقط جواز الرجوع كما كان يسقط بالنقل اللازم .ولا مجال لاستصحابه لتبدّل الموضوع .

ثمَّ ان المصنّف (قده) حيث بنى عدم جواز ذلك على القول بالملك يستظهر منه جوازه على القول بالاباحة ، وهو في غاية الاشكال . فانّ الاباحة كانت معاوضيّة ، وهي قائمة بطرفيها ، وقد خرج الميت عن كونه طرفاً ، والوارث لم يكن طرفاً لها من الأوّل ، فالعمومات والاطلاقات القاضية بالملك في بيع المعاطاة تؤثّر أثرها ، ويحكم بحصول الملكيّة حين الموت أو آناً ما قبله[1] وحيث انّ هذه الملكيّة لا دليل على كونها جايزة فهي لازمة ، فليس للوارث الرجوع ، ولا يكون عليه الرجوع .

وبذلك يظهر ما في كـلام بعض الأساطين من مشايخنا من أن الوارث حيث يملك ما في يد الحيّ وبالعكس فيثبت جواز الرجوع من باب تسلّط المالك على ماله .

قوله : « قيام وليّه مقامه في الرجوع على القولين » .

أقول : كيف يمكن المصير الى ذلك على القول بالملك ؟ فان الوليّ يقوم مقام المجنون في امواله لا في أحكامه ، وجواز الرجوع ليس من شؤون المال ، وانّما هو حكم يتعلّق به بشرائطه ، فلا محيص من المصير إلى اللزوم ، لامتناع ترادّ العوضين على ما هما عليه ، من جواز الرجوع لشخص كلا الطرفين ، بل يمكن المصير اليه حتّى على القول بالاباحة ، نظراً الى أنّ الاباحة المعاوضية بين الطرفين قد سقطت عمّاهي عليها ، لعدم الاعتبار بإباحة المجنون ،

---

(١) التّرديد بلحاظ أنّ الميّت لا يملك ، ولو فرض ملكه فانّما هو في دائرة ثلثه لا جميع المال .

وسلطنة الطرف الآخر على ماله انّما تترتب لو لم تقتض العمومات والاطلاقات حصول الملك بسقوط الاباحة المعاوضية .

هل تصير المعاطاة بعد التلف بيعاً

قوله : « السابع : ان الشهيد الثاني ذكر في (المسالك) وجهين في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف ، أو معاوضة مستقلة » .

اقول : يبحث في المقام عن شمول أدلّة الخيارات للمعاطاة بعد التلف والتصرّف الملزم ، وأمّا قبله فلا معنى للخيار . ضرورة أن المعاطاة على جميع الأقوال يجوز فيها الردّ والأسترداد ، فنتيجة الخيار حاصلة ، ولا معنى لتحصيل الحاصل .

ولا يتوهم إمكان أن يجتمع جواز ذلك مع الخيار ، كما يجوز أن يجتمع خياران بسببين .

لاندفاعه : بأن اجتماع الخيارين إنّما هو لأجل أنه يمكن التوصّل بكلّ منهما الى النتيجة مع عدم كونها حاصلة .

وبالجملة : كلام الشهيد الثاني (قده) في الوجهين مبتنٍ على المشهور من القول بالاباحة ، كما ذكره المصنّف (قده) وظاهر كلامه أنّه لا يرى المعاطاة قبل التلف بيعاً ولا معاوضة مستقلّة ، حيث قيّد التّرديد بينهما بما بعد التلف ، ويقابله ما يذكره المصنّف أخيراً عن حواشي الشهيد الأوّل من الحكم بأن المعاطاة معاوضة مستقلّة ، جائزة أو لازمة أي في حال الجواز وهي ما قبل التلف ، أو في حال اللزوم وهي ما بعده .

ثمّ انّ العمدة فيما استشكله الشهيد الثاني في جريان خيار الحيوان هو أنّ المعاطاة على قول المشهور ليست بيعاً قبل اللزوم ، فلا مجال لهذا الخيار ولا لأيّامه الثلاثة ، وأمّا بعد اللزوم فليس التصرّف الملزم معاوضة حتّى يصدق عليها البيع ، وبطريق أولى ليس التلف كذلك ايضاً ، فلا مسرح لخيار الحيوان أصلاً .

وقد استدركه بالمصير إلى كون التلف والتّصرّف الملزم متمّماً للبيع ، لكن قوّى خلافه ، ثمّ حكم بجريان خيار العيب والغبن على كلا التقديرين من كون المعاطاة بعد التلف بيعاً أو **معاوضة** مستقلّة لأجل عدم اختصاص دليلهما بالبيع ، وحكم بانتفاء خيار المجلس . والظاهر أنه لأجل ما ذكره من الإشكال في خيار الحيوان .

قوله : « فإذا لزم كان بيعاً لازماً فتلحقه احكام البيع » . أي إذا لزم بالتلف لحقته الأحكام ، ومن جملتها ثبوت الخيار .

أقول : أمّا خيار المجلس فلا مجال له إلاّ بعد أن يفرض التلف أو التصرّف الملزم في مجلس التعاطي ، فانّه قبله لا معنى له مع ما للمعاطاة من جواز الترادّ على ما ذكرناه آنفاً ، فالتّلف ، والتّصرّف الملزم يرفع جواز الترادّ ، فيرتفع المانع عن ثبوت خيار المجلس . وبهذا البيان يندفع ما ربما أمكن أن يتوهّم من أن كون التلف والتّصرّف سبباً للّزوم كيف يجتمع مع حدوث الخيار بهما ، فانّه من قبيل ما يلزم من وجوده عدمه .

ثمّ إنّ ما ذكرناه من ثبوت الخيار مبنيّ على عدم جريان قاعدة

التّلف في زمان الخيار[1] وإلاّ فلا معاطاة ، ولا خيار .

وأما خيار الحيوان فان تلف الثمن أو حصل فيه التّصرّف الملزم فذلك يوجب اللزوم في طرف البايع فلا يجوز له الترادّ . أمّا المشتري فله الخيار لو كان ذلك في الايّام الثلاثة من المعاطاة ، وهي مبدؤها ، وان تلف الحيوان او حصل فيه التصرّف الملزم فلا خيار أصلاً ، فانّهما ان كانا بعد انقضاء الأيّام الثلاثة فلا مجال لخيار الحيوان ، وإن كانا في الثلاثة فالتلف يوجب بطلان المعاطاة لقاعدة التلف في زمن الخيار[2] . والتصرّف يمنع عن حدوثه فانّه من مسقطات خيار الحيوان ، الدّافع للشيء بعد وجوده يمنع عن حدوثه .

وأمّا خيار العيب فيثبت مع التلف والتصرّف الملزم ، سواء حصل شيء منهما قبل ظهور العيب أو بعده ، لكن ذلك بالاضافة الى الأرش دون الردّ ، لعدم كون المعيب قائماً بعينه مع حصول أحدهما .

وأمّا خيار الغبن فان كان التلف والتصرّف قبل ظهوره فلا إشكال في ثبوته ، وان كانا بعد ظهوره فيبتني الخيار على عدم فوريّته أو يفرض حصولهما في آن ظهوره .

وأمّا خيار الشرط بمعنى اشتراطه الى أمد ، فلا مجال له مع حصول التلف لا قبله ، لمكان ثبوت جواز الترادّ الذي يلغو معه ثبوت

---

(١) اشارة منه قدس سره الى الخلاف في جريانها في مورد خيار المجلس بتوهّم انّ الاجتماع والافتراق أمر زمانيّ ، وليس مثل مورد خيار العيب والغبن وغيرهما مّما ليس بزمانيّ ولا يشمله عنوان التلف في زمن الخيار .

(٢) وهذه القاعدة مسلّمة في خيار الحيوان والشرط

الخيار ، ولا بعده لمكان جريان قاعدة التلف في زمن الخيار الموجبة لبطلان المعاملة .

أمّا مع حصول التصرّف الملزم ، فعلى القول بجواز التصرّفات الناقلة في زمن الخيار لا مانع منه فيثبت وتترتّب عليه آثره .

وأمّا خيار الرؤية ، وتخلّف الشرط ، وتبعّض الصفقة ، ونحو ذلك فتثبت كلّها بحصول شيءٍ من التلف والتصرّف .

وأمّا خيار تأخير الثمن فلا موضوع له لكونه مشروطاً بعدم قبض المبيع ، ولا معاطاة مع عدمه . فليتدبّر جيّداً .

قوله : « عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار » .

أقول ، لا حاجة الى استفادة ذلك من الدليل ، فانه ـ على ما تقدّم ـ لا مجال للخيار مع كوم العقد جايزاً في نفسه ، حيث انه حينئذ من قبيل تحصيل الحاصل .

ثم إنه لو أراد من البيع العقدي ما يكون باللفظ ، فلا مجال لاحتمال استفادة توقف ثبوت الخيار عليه من شيءٍ من الأدلّة .

قوله : « فالأقوى أنّها على القول بالاباحة بيع عرفي لم يصحّحه الشارع ولم يمضه إلّا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه » .

أقول : هذا هو عين ما ذكره الشهيد الثاني بقوله : اللّهم إلّا أن يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه ، ضرورة أن عدم إمضاء الشارع إلّا بعد التلف او التصرف الملزم ليس إلا جعلها شرطاً فبيع

المعاطاة في نظر الشارع مقتض ، وتتوقف فعليّة ترتّب الأثر عليها ، على حصول الشرط حتّى تتمّ به العلّة .

وهذا هو الذي لا بدّ من المصير اليه على القول بالإباحة بتقريب أنّ المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفاً وتشمله الاطلاقات والعمومات الدّالة على الصحّة واللزوم وانّما كان الخروج عنها الى حين التلف والتصرّف بسبب قيام الدليل عليه ، فيستكشف بدلالة الاقتضاء اشتراط كونها بيعاً شرعاً بحصول واحد منهما .

وعلى هذا فيحكم بجميع أحكام البيع ، ومها الخيارات عند كونها كذلك .

وأما على ما يترائى من القائلين بالأباحة من إجمال العمومات والاطلاقات ،وعدم شمولها للمعاطاة فاللازم عدم ترتّب شيء من الاحكام والخيارات على المعاطاة لا من أوّل الامر كما هو واضح ، فانّها ليست ببيع ، ولا من حين التلف والتصرّف ، فانّ التلف لا يُعقل كونه بيعاً ، والتصرف الملزم مثل النقل الى الغير لا ربط له بالمعاوضة بين المتعاطيين ، فلا معنى لأن تكون مبايعة بينهما .

وعلى ذلك فالملكية الحاصلة بالتلف والتصرف ، كحصولها بسائر الأسباب من الحيازة وإحياء الموات والارث دون ان تستند الى البيع . وبالجملة ، إنما يمكن البحث عن ترتّب الخيار إذا قلنا بالاباحة على التقريب الذي ذكرناه .

اذ تمهّد ذلك فنقول : أمّا خيار المجلس فلا اشكال فيه إن حصل التلف أو التصرّف قبل الافتراق كما لا إشكال في عدمه إن حصل

أحدهما مع كون المتبايعين مفترقين .

وامّا إذا افترقا عن المجلس ، وكانا مجتمعين حين التلف أو التصرّف ، فان قلنا بأنهما شرط متأخر وكاشف عن حصول الملك من حين المعاطاة فلا خيار أيضاً لانقضاء المجلس ، وإن قلنا بأن لهما حكم النقل ، فربما يقال بالخيار بلحاظ اجتماع المتبايعين في هذا الحين ، فانّ فيه تتمّ العلة ، ويتحقّق البيع لكنّه مشكل لخروجه عن أدلّة خيار المجلس .

وأمّا خيار الحيوان : -

أ - فان حصل التلف او التصرّف في الثمن قبل انقضاء ثلاثة أيّام من حين المعاطاة ، فلا إشكال ، والمشترى له الخيار .

ب - وإن حصل بعد انقضائها فكذلك بناءً على كونها شرطاً بنحو النقل كما هو مقتضى التحقيق ، فانّ مبدأ الثلاثة حينئذ من حين حصولها ، لا من حين المعاطاة ، بخلاف ما لو قيل بالكشف فانّه لا يبقى مجال للخيار ، ضرورة انّه على هذا القول كان مبدأ الثلاثة من حين المعاطاة ، والمفروض انقضاؤها .

جـ - وان حصل أحدهما في الحيوان فلا خيار أصلاً سواء كان حصوله في الأيّام الثلاثة من حين المعاطاة أو بعده ، وسواء قلنا بأن شرطيتهما بنحو النقل او الكشف .

لكن في بعض الصور يكون ذلك لأجل بطلان المعاطاة ، وفي بعضها لأجل المانع .

وتفصيل الكلام هو : أنّ الذي حصل إن كان هو التلف وقلنا

وتعقّبه العطاء .

بالنقل فلا يعقل الخيار ، ضرورة أنّ التلف في زمن الخيار لما كان مبطلاً للبيع ، فمن تحقّق البيع بسبب التلف يلزم عدم تحقّقه[1] فيستحيل كونه متمّماً للمعاطاة ، وموجباً لحصول الملكيّة .

وان قلنا بالكشف ، فان كان التلف في الأيام الثلاثة من حين المعاطاة فلا خيار ، والمعاطاة باطلة من أصلها ، لما يلزم من صحّتها عدمها ، بالنظر الى التلف في زمن الخيار ، وان كان التلف بعد تلك الأيّام فلا خيار لانقضاء الثلاثة ، لكن المعاطاة صحيحة .

وإن كان الذي حصل هو التصرّف فالمعاطاة صحيحة ، ولا مجرى لقاعدة التلف ، لكن الخيار لا مجال له على كلّ حال ، فانّه بناء على النقل يكون التصرّف مانعاً عن حدوثه فان ما يرفع الشيء بعد وجوده ، يكون مانعاً عن حدوثه[2] .

وأمّا بناءً على الكشف فهذا التصرّف إن كان في الثلاثة من حين المعاطاة فهو مسقط للخيار ، وان كان بعد انقضائها فلا مجال للخيار .

تنبيه : ظهر ممّا ذكرناه فيما تقدّم وها هنا ، أنّ خيار الحيوان لا يتأتّى لا على القول بالملك ، ولا على القول بالاباحة فيما يحصل التصرّف أو التلف في الحيوان فليتدبّر جيّداً .

---

(١) هذا بناء على أن الملك يحصل بالتلف ، وأمّا بناء على حصوله في الآن المقدّم عليه ، ففي ذلك الآن قد حصل الملك ، وترتّب الخيار لكن التلف أبطله .

(٢) توضيحه انّ التصرّف مسقط لخيار الحيوان ، ومبدأ أيامه الثلاثة بناء على النقل هو من حين التصرّف ، فالبيع الذي يتحقق به لا يعقل أن يكون فيه الخيار ، لمكان أنّه مسقط له .

وأمّا خيار العيب فيجري بالاضافة الى الأرث دون الردّ ، لعدم كون المبيع قائماً بعينه من دون فرق بين حصول التلف أو التصرّف ، وسواء كان حصول أحدهما قبل ظهور العيب او بعده .

وأمّا خيار الغبن فيثبت لو ظهر الغبن بعد التصرّف والتلف ، وبالفسخ تلزم غرامة المثل أو القيمة .

وأمّا لو ظهر الغبن قبلهما فلا خيار حيث لا بيع ، وحينئذ فهل يحدث الخيار بعد حصول واحد منهما بلحاظ تماميّة البيع عنده ، أو لا ؟ فيه إشكال ، بناء على أن مدرك هذا الخيار هو قاعدة لا ضرر ، فانّه قد كان له الترادّ قبل أن يتمّ البيع ولم يفعل ، فهو مُقدمٌ على ضرر نفسه ، فلا يشمله دليل لا ضرر .

نعم إن قلنا بأن الاقدام على الضرر لا يمنع عن شمول القاعدة أو قلنا بأن مدرك خيار الغبن هو اشتراط تساوي العوضين في الماليّة والخيار خيار تخلّف الشرط ، فلا مانع من حدوثه .

وأمّا سائر الخيارات فكلّ مالم يكن التلف والتصرف مسقطاً له ، يحدث بحصول واحد منهما على النقل ،ويكشف من الحدوث على الكشف ،وكلّ ما كان شيء منهما مسقطاً له ، فلا مجال لحدوثه ، سواء قلنا بالنقل أو الكشف ، فليتدبّر جيّداً .

هل يلحق بالمعاطاة

القول الفاقد لبعض الشروط ؟

قوله : « الثامن لا إشكال في تحقق المعاطاة المصلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصة والعامة بما اذا تحقّق إنشاء التمليك أو

الاباحة بالفعل ، وهو قبض العينين . أما اذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم . . »

أقول : الكلام في هذا التنبيه في أنّه هل يلحق بالمعاطاة في حكمها من الملك أو الاباحة ، القول الفاقد لبعض ما يعتبر في اللزوم عند القائل باعتباره ، أم أنّه يقع فاسداً ؟ وعلى تقدير لحوقه كيف يجمع بين المصير اليه ، وبين إطلاق كلامهم في أنّ العقد الفاسد ـ ولو من حيث اختلال شرائط الصيغة ـ وجوده كالعدم ، لا يترتّب عليه أثر ؟

قوله : « أمّا إذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم » .

أقول : أي غير الجامع لجميع ما يحتمل دخالته في اللزوم ، أو لجميع ما قيل بدخالته فيه . وحينئذ فعلى القول بعدم الحاجة إلى جميعها والاكتفاء بالإنشاء اللفظي في حصول اللزوم ، فهو عقد لازم في حدّ نفسه ، ويخرج ممّا هو المبحوث عنه في المقام عن لحوقه بالمعاطاة ، كما هو واضح . أمّا على القول باعتبار جميع ذلك ، فلا مجال للحكم باللزوم ، لكن هل بسبب اختلال بعضها يحكم بفساده ؟ أو بصحته بنحو الجواز فيلحق بالمعاطاة[1] ؟

وبما ذكرناه تبيّن عدم ورود ما أشكله العلّامة الخراساني من الخلف ، حيث كان المقسم المفروض في كلامه غير الجامع للشرائط ، ثمّ ذكر الترديد بين القول بعدم الاشتراط وعدم القول به .

---

(١) من الواضح أن اللزوم أخصّ من الصحّة ، ولا يلزم من عدمه عدمها .

قوله : « بشيء زائد على الانشاء اللفظي . . . » .

أقول : من قبيل اعتبار العربية ، او الصراحة ، أو تقدّم الايجاب على القبول ، ونحو ذلك ممّا يرجع إلى مرحلة العقد ، دون ما هو راجع الى شرائط المتعاقدين أو العوضين . فانّ ذلك ينبغي أن يكون خارجاً عمّا هو المبحوث عنه في المقام ، ضرورة أن اللزوم والجواز من عوارض السّبب كما تقدّم سابقاً ، وعليه يتأتّى المصير الى كونه عقداً لازماً على القول بالاكتفاء بالانشاء اللّفظي .

وأمّا اختلال الشرائط في غير مرحلته ، فلا بدّ معه من الحكم بالفساد عند من يعتبرها، ولا يرتبط بالاكتفاء بذلك على ما ذكره المصنّف .

ثمّ إنّ الانشاء بكتابة سند المعاملة أو إمضائه إذا كتبه غيره ، هل يقوم مقام الانشاء اللّفظي أم لا؟ ينبغي أن يبحث عنه ، ولعلّه يتّضح الأمر في ذلك ممّا سنذكره إن شاء الله من انّ المدار في المعاطاة على صدق عنوان المعاملة على ما ينشئه المالكان حسب ما قصداه من التمليك أو غيره بأيّ نحو من أنحاء الانشاء حتّى ما لو انفكّ الانشاء عن التعاطي ، وكانا جزئين من معاملة واحدة أي حتّى اذا لم يكن الانشاء بنفس الاعطاء بل بأمر آخر ، وحصل بعده التعاطي .

قوله : « فهل يرجع ذلك الانشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطلقاً أو بشرط تحقّق قبض العين معه ؟ »

توضيح الكلام : أنّه لو لم نقل بأن الانشاء كذلك عقد لازم .

فتارة لا يتعقّبه شيء من إيصال العوضين أو وصولهما الى الطرفين .

وأخرى يتعقبه الايصال المقصود به الجري على مقتضى المعاملة أو الوصول كرهاً وجبراً .

وثالثة يتعقّبه الايصال مع الرضا بالتّصرف مطلقا حتّى على تقدير إفساد المعاملة وفي حكمه ما يتعقّبه الوصول كذلك .

ورابعة يتعقّبه الايصال مقصوداً به إنشاء المعاملة تأكيداً أو احتياطاً لاحتمال فساد ما كان أو بدلاً لو كان يعلم بالفساد .

أقول: ما حكم به المحقّق والشهيد الثانيان من كون الفاقد لشرائط الصيغة معاطاة يحتمل أن يكون المراد به الصّورة الثالثة فانّ العادة جارية على الايصال .

وتقريب كونه معاطاة حقيقة[1] مع انّ ظاهر كلام المحقّق الثاني أنّ ما جعله من شرائط الصيغة هي شرائط الصّحة ، هو انّ المعاطاة عبارة عن المركّب من إعطاء المال لغيره وانشاء ما قصده من التمليك ، سواء كان الإعطاء آلة لإنشائه أو كان القول هو الآلـة وبه إنشاؤه ، فالقول وإن لم يكن له أثر في نفسه ، لكونه فاقداً لشرائط الصّحة ، لكن إنشاء التمليك قد وجد تكويناً في الخارج ، وبانضمام الجزء الآخر - وهو الأعطاء - تتحقّق المعاطاة ، وتؤثر أثرها .

وبعبارة اخرى : المعاطاة مركّبة من جزئين : أحدهما الانشاء ، والآخر الاعطاء . وهذان الجزءان تارة يكونان مقترنين ، كما إذا أنشأ التمليك بالاعطاء ، وأخرى تدريجياً ، كما إذا كان الإنشاء بالقول ،

---

(١) حيث قال المحقّق الثاني لو أوقع البيع بغير ما قلناه ، وعلم التراضي منهما كان معاطاة على الحقيقة ، لا أنّه في حكمها .

تنبيه : بهذا البيان يحصل التوفيق التام بين المصير إلى ترتّب الاثر على القول الفاقد لشرائط الصحّة ، بناءً على أنه بيع فاسد ، وبين الحكم بحرمة التصرّف في المعاملة الفاسدة ، وأن القبض بعدها موجب للضمان . فانّ الحكم بذلك إنّما هو في الصورة الثانية اي ما كان الايصال لأجل الجري على مقتضى المعاملة أو الوصول كرهاً .

ثمّ انّه يحتمل ان يكون مراد المحقق والشهيد الثانيين الصورة الاولى ، بتقريب : انّ المراد من شرائط الصيغة شرائط اللزوم دون الصّحة [1] وحينئذ فالقول الفاقد لها يوجب الملك بمقتضى العمومات والاطلاقات ، ويكون جائزاً بمقتضى فقدان الشرائط فهو معاطاة حكماً[2] .

ثُمَّ إنّه ظهر ممّا ذكرناه ما يناسب كلاًّ من الصّور الثلاثة وأمّا الصّورة الرابعة فحكمها من حيث كونها معاطاة في غاية الوضوح حتّى فيما كان بنحو التأكيد ، غانّ فساد ما قصد تأكيده لا يسري الى ما يؤكّد به .

قوله : « وربما يجمع بين هذا الكلام ، وما تقدّم من المحقّق والشهيد الثانيين فيقال . . . » .

أقول : من الواضح أنّ الحاجة إلى الجمع بينهما إنّما هي على

---

(١) وإن كان ذلك على خلاف ما يظهر من العبارة .

(٢) وهذا بخلاف ما ذكره سيدنا الجد قدس سره آنفاً ، حيث يكون معاطاة موضوعاً وحقيقة ، لاحكماً .

أساس أنّ ما ذكر من شرائط الصّيغة هي شرائط الصّحّة ، وانّها بدونها عقد فاسد . وإلا فلو كانت هي شرائط اللزوم فالعقد الفاسد في كلامهم يختصّ بما كان فاقداً لشرائط المتعاقدين أو شرائط العوضين .

ثمّ انّ هذا الجمع من صاحب (مفتاح الكرامة) وملخّصه : أنّ ايصال العوضين إن كان بقصد الجري على صحّة العقد ، فحيث انّه منوط بها لا يكون له أثر ، ويجري عليه ما يقال في العقد الفاسد ، وإن كان لا كذلك ، بل بما أنّ لهما الرّضا بالتّصرف بنحو الاطلاق ، فيكون له أثر المعاطاة .

وملخّص الاشكال عليه أنّ هذا الرضا بالتّصرّف : ـ

أ ـ إن كان هو رضاه بأن يتصرّف في ماله صاحبه ، فلا دليل عليه ، فإنّ إنشاء التمليك الذي صدر منه لا يعمّه ولا ينحلّ إليه .

ب ـ وان كان هو رضاه بأن يتصرّف صاحبه فيما ملكه بالعقد ، فلا أثر له .

جـ ـ وإن كان الرضا بشاهد الحال على كلّ تقدير فذلك إنّما يوجب جواز التصرّف ، وحينئذ فإمّا هو اباحة مجّانيّة ، أو إباحة معوّضة ، أو إباحة بعوض إباحة . وعلى كلّ تقدير لا وجه لجريان حكم المعاطاة عليه من اللزوم بالملزمات .

وبعبارة أخرى : إن ذلك عبارة عن الرخصة ، ولا ربط لها بالمعاوضة التي هي جعل عوضيّة شيء عن شيء في الملكيّة أو غيرها ، فلا يكون من قبيل المعاطاة

مناقشة المحقق الآخوند في بيان الجمع :

ثمّ ان العلاّمة الخراساني ذكر في تعليقته في بيان الجمع ما ملخّصه : إنّ الصّحّة والفساد حيث إنّهما من الأمور الاضافيّة ، فالعقد الفاقد للشرائط فاسد من حيث جهة عقديّته ، وصحيح من حيث كونه بمثابة المعاطاة .

وقال : ان الحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزل على انّه حكم اقتضائي لا فعليّ ، بمعنى أنّ قضيّة فساده بما هو عقد ، ذلك ، لو لم يجيء في البين الحكم بصحّته بوجه آخر ، أي بما هو بيع بغير العقد .

وعقّب كلامه هذا بقوله : « وهذا أحسن ما يقال توفيقاً بين ما ذكر في المقامين » .

أقول : ما ذكره في غاية البعد عن كلامهم ، فانّهم يحكمون بالفساد بقول مطلق ، ويرون الضمان بالفعل ، لا بمجرّد الاقتضاء .

مناقشة السيد الطباطبائي في وجه الجمع :

ثمّ انّ العلاّمة الطّباطبائي قد ذكر في تعليقته في بيان الجمع بين القولين : أنّ المتعاملين إن كان غرضهما البيع الصحيح اللازم ، فما أنشيء بالقول الفاقد للشرائط ملحق بالبيع الفاسد ، والمقبوض به موجب للضمان ، وإن كان غرضهما انشاء البيع والتمليك مطلقا من غير نظر الى اللزوم وعدمه ، فحاله حال المعاطاة .

أقول : لا دليل على جريان حكم المعاطاة عليه شرعاً ، من

الملك الجايز أو الاباحة التعبّديّة ، وصيرورته لازماً بالملزمات . وإن اراد حصول الرضا بالتصرّف ، فذلك اباحة معوّضة ، أو إباحة بعوض إباحة ، كما ذكرناه فيما تقدم .

والحاصل : أنّه إمّا أن يجمع بين القولين بما قدّمناه في شرح كلام المحقّق الثاني ، وإمّا أن يحمل اطلاق ما ذكروه في العقد الفاسد على ما اذا كان فساده من اختلال شرائط المتعاقدين او العوضين بالتفصيل المتقدّم بيانه[1] فليتدبّر جيّداً .

---

(١) وهذا هو الأرجح فانّ القول بصحّة القول الفاقد لما يذكر من الشرائط ممّا يقضى به العمومات والاطلاقات ، ولا حاجة الى شمول لفظ المعـاطـاة لـه ، فانّه لم يرد عنوانها في آية ولا رواية ، وغاية ما يمكن ان يتنزّل عليه هو جعل تلك الشرائط شرائط اللزوم ، فأثر ذلك القول هو الصّحّة ، وحصول الملك الجائز ، لكن هذا مجرّد التنزّل ، وإلاّ فهو بمقتضى العمومات والاطلاقات ملك لازم .

(محتويات الكتاب)

❊ ❊ ❊

